Die Bestrafung des Treibers beim Jagdvergehen des § 292 StGB.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau
vorgelegt von

Gerhard Thiele
Gerichtsreferendar.

1928.

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Herm. Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau i. Schles.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Heilborn.

Meiner lieben Braut!

Inhaltsverzeichnis.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Lehrbücher, Kommentare und Einzeldarstellungen.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig und Erlangen 1922.

v. Anders: Das Jagd- und Fischereirecht. Insbruck 1885.

Aschrott und Kohlrausch: Reform des Strafrechts, Berlin und Leipzig, 1926.

v. Bar: Gesetz und Schuld. Bd. 2, Berlin 1907.

Bauer: Die Jagdgesetze Preußens. Neudamm 1904.

dto.: Die Jagdordnung vom 15. Juli 1907. Neudamm 1909.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. Leipzig 1890/1919.

dto.: Grundriß des deutschen Strafrechts. Leipzig 1913.

Birkmeyer: Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang. 1885.

do.: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

v. Brünneck: Das heutige deutsche Jagdrecht und der Eigentumserwerb am widerrechtlich erlegten Wild. (Archiv für zivilistische Praxis Bd. 48).

v. Buri: Abhandlungen aus dem Strafrecht Bd. 2, Gießen 1862.

dto.: Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. Gießen 1860.

dto.: Ueber Kausalität und Teilnahme. Z. Str. W. Bd. 2.

dto.: Zu den §§ 223 a, 201 ff. des Strafgesetzbuchs (Ger. S. Bd. 34).

v. Chlapowski: Die Verletzung des Jagd- und Fischereirechts nach dem Reichsstrafgesetzbuch. Leipziger Diss. 1907.

Dalcke-Delius: Preußisches Jagdrecht. Breslau 1908.

Doerr: Deutsches Strafrecht. Bd. 1, Berlin 1920.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch. Berlin und Leipzig, 1925.

Ebner: Das preußische Jagdrecht. Berlin, 1908.

dto.: Die Grundbegriffe des Jagdrechts. (Gruchot Bd. 55).

dto.: Bemerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes betreffend die Ausübung der Jagd. (Z. f. J. Bd. 1).

Elsperger: Das Vergehen der einfachen Wilderei. Leipziger Diss. 1906.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen, 1926.
Freudenthal: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Breslau, 1901.
Frommhold: Ueber das Jagdrecht (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 53).
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig, 1922.
Goetz: Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe. Breslau 1910.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881.
Heppes: Wilddiebstahl. Erlanger Diss. 1909.
Hergt: Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Heidelberg 1909.
v. Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 3, Berlin, 1874.
Kohler: Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1, Mannheim 1890.
dto.: Ueber den Kausalbegriff (G. A. Bd. 51).
dto.: Teilnahme und Urheberschaft. (G. A. Bd. 58).
Köhler: Deutsches Strafrecht. Leipzig 1917.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin und Leipzig, 1927.
Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Heidelberg, 1915.
dto.: Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Freiburg, 1899.
Mezger: Die Teilnahmelehre des Strafgesetzentwurfs von 1919. (D. Str. Z. Bd. 8.)
Mittermaier: Gutachten über § 300 StGB. (Z. Str. W. Bd. 21.)
Nagler: Die Jagdwilderei (Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bes. Teil, Bd. 8).
dto.: Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig 1903.
Neuhaus: Das Jagdvergehen aus § 292 StGB. Jenenser Diss. 1916.
Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.
v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1927.
Graf v. Posadowsky-Wehner: Die widerrechtliche Aneignung von Wild in zivil- und strafrechtlicher Bedeutung. Breslauer Diss. 1909.

Quenstedt: Die Jagdvergehen des § 292 StGB. Heidelberger Diss. 1910.
Reinach: Ueber den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht. Leipzig 1905.
Rotering: Ueber Jagd, Wildern und Jagen. (G.A. Bd. 32.)
dto.: Jagd- und Wildbestandsschutz (Z. f. J. Bd. 1).
Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1892.
Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1874.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.
Staab: Das einfache Jagdvergehen des § 292 Reichsstrafsgesetzbuchs. Heidelberger Diss. 1915.
Stelling: Die hannoverschen Jagdgesetze, Hannover und Leipzig 1905.
Stöhr: Die nach Reichsrecht und mecklenburgischem Landesrecht strafbare Jagdausübung. Rostocker Diss. 1907.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.
v. Wächter: Das Jagdrecht und die Jagdvergehen. Leipzig 1870.
Wagner: Die preußische Jagdgesetzgebung. Berlin 1883.
Weßler: Juristische Natur und legislative Behandlung der Jagdwilderei. Würzburger Diss. 1911.
Winterhelt: Das Jagdstrafrecht im Reiche und in Bayern. Heidelberger Diss. 1912.
Wirschinger: Das Jagdrecht des Königreichs Bayern. München 1902.
Wuttig: Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen. Breslau 1902.
Ziebarth: Das Forstrecht. Berlin 1889.

Zeitschriften.

Archiv für zivilistische Praxis = Archiv
Blätter für Rechtsanwendung
Der Gerichtssaal = Ger.S.
Deutsche Juristen-Zeitung = DJZ.
Deutsche Strafrechts-Zeitung = DStr.Z.
Goltdammer Archiv für Strafrecht = G.A.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts = Gruchot
Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht = Grünhut
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
= Ihering
Juristische Wochenschrift = JW.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft = Z.Str.W.
Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Forstwirtschaft = Z.f.J.

Sammlungen von Entscheidungen.

Die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals und des Königlichen Ober-Appellationsgerichtes in Strafsachen = Ob.Trib
Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen = Oberste LG.
Entscheidungen des Kgl. Oberlandesgerichts München in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses = OLG. München.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen = E
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RGZ.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts = Johow
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen = R

§ 1.

A. Ueberblick über die Streitfrage im Schrifttum.

Die rechtliche Natur des Treibers beim Jagdvergehen ist im strafrechtlichen Schrifttum heiß umstritten. Bald betrachtet man ihn lediglich als Gehilfen,[1] bald als Täter,[2] oder aber man hält beides für möglich und sieht das Unterscheidungsmerkmal im verschiedenen Vorsatz.[3]

Der Gegensatz der Auffassungen erklärt sich daraus, daß einerseits schon der Begriff des „Jagdausübens" in § 292 StGB. recht verschieden erläutert wird und andererseits auch die Unterscheidung zwischen Mittäter und Gehilfen zu den bestrittensten Fragen des Strafrechts gehört.

Schließlich hat man bewußt oder unbewußt den Begriff des Treibers bei berechtigter Jagdausübung ohne weiteres auch auf die unberechtigte übertragen, ohne daran zu denken, daß hier die Stellung des Treibers eine ganz andere ist.[4]

Man wird darum, wenn man die rechtliche Stellung des Treibers beim Jagdvergehen wissenschaftlich festlegen will, zunächst sich darüber klar werden müssen, welche Tätigkeit als Treiberhandlung anzusehen ist. Erst dann ist es möglich zu prüfen, ob diese den Tatbestand des § 292 StGB. erfüllt, der Treiber also als Täter bestraft werden **kann**, um schließlich auf Grund der Teilnahmelehren feststellen zu können, ob er immer als Täter bestraft werden **muß**, oder ob er auch als Gehilfe angesehen werden kann.

---

1) Dalcke-Delius: S. 311; Oppenhoff-Delius zu § 293 Nr. 5; Ebner: S. 488; Rüdorff-Stenglein zu §§ 292/293 Nr. 17; Wachenfeld S. 437; Ziebarth S. 388; v. Chlapowski S. 40; grundsätzlich auch Heppes S. 97; Bauer: Jagdgesetze S. 448; Quenstedt S. 51.

2) Frank: zu § 292, VI; Elsperger: S. 53; grundsätzlich auch Staab S. 148; Winterhelt: S. 44; Stöhr: S. 45.

3) v. Olshausen: zu § 292 Nr. 13; Schwartz § 292 Nr. 8; Ebermayer: § 293 Nr. 8; Neuhaus: S. 77; Winterhelt: S. 44.

4) Winterhelt: S. 44.

B. Die strafrechtliche Behandlung des Treibers.

§ 2.

I. Begriff des Treibers beim Jagdvergehen.

Es gibt keinen rein strafrechtlichen Begriff des Treibers. Im Strafgesetzbuch finden wir ihn überhaupt nicht erwähnt. Man wird darum zur Erläuterung des Begriffes auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens zurückgreifen müssen.

Wenn man von Treibern bei einer Jagd spricht, denkt man dabei unwillkürlich an eine Treibjagd,[5] bei der das Wild von einer Kette von Treibern dem Schützen zugetrieben wird. Hier spielt der Treiber eine lediglich untergeordnete Rolle. Schon die Verschiedenheit der Bevölkerungsklassen, aus denen Jäger und Treiber zu stammen pflegen, spricht für eine Unterordnung der letzteren unter die Schützen. Während sich nur begüterte Personen den Luxus der Jagdausübung als Schütze selbst gestatten können, pflegen die Treiber aus Arbeitern des Jagdherrn zu bestehen, die zum Treiben befohlen werden.

Aber schon ein Blick auf das große Menschenaufgebot bei einer Treibjagd zeigt, daß diese bei unberechtigtem Jagen kaum in Betracht kommen kann. Ein so offenkundiges Vergehen würde in einem Rechtsstaat nur zu bald seine Sühne finden, als daß es überhaupt versucht werden würde.

Darum kann man auch nicht den Begriff des Treibers bei einer solchen Treibjagd, wo er sicherlich nur eine untergeordnete Gehilfentätigkeit ausübt, auf die unberechtigte Jagdausübung übertragen, wie es verschiedentlich versucht worden ist.[6]

An die Treibjagd denkt wohl auch der § 30 der preußischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907, wenn er von Treiberdiensten in Verbindung mit „ähnlichen bei der Jagdausübung geleisteten Hilfsdiensten“ spricht. Darum ist auch der Versuch, diese Auffassung der Jagdordnung strafrechtlich zu verwerten, wie es z. B. Quenstedt[7] tut, unmöglich.

Man wird strafrechtlich den Begriff des Treibers, um ihn überhaupt anwenden zu können, viel allgemeiner als mit Hinblick auf die

5) Vgl. Definition der Treibjagd des OLG. München, in: G.A. Bd. 37, S. 384, Anm. 1.
6) So wohl R.G. in J.W. Bd. 33, S. 585, Nr. 31; Ebner S. 194.
7) S. 51.

Treibjagd möglich ist, fassen müssen. Nach des Wortes ureigenster Bedeutung ist Treiber jeder, der einem Schützen ein Stück Wild zur Erlegung zutreibt. Die gesellschaftlichen Unterschiede, die, wie wir oben gesehen haben, gewöhnlich bei der Treibjagd vorhanden sein werden und regelmäßig eine Unterordnung des Treibers bedingen, müssen bei der Begriffsbestimmung des Treibers außer acht gelassen werden.

Ein Blick auf die Fälle, in denen Treiber sich strafgerichtlich zu verantworten hatten, zeigt die Notwendigkeit einer recht allgemeinen Auffassung des Treiberbegriffs. In den meisten Fällen handelte es sich um Einzelpersonen, die das Wild einem Jäger zutrieben. Vorsatz und Absicht, die sie dabei hatten, war recht verschieden, oft nur die Erzielung eines Treiberlohnes, oft aber auch Anteil an der Jagdbeute. Aus allen Fällen geht aber deutlich hervor, daß die gesellschaftlichen Unterschiede wie sie bei der Treibjagd zwischen Jäger und Treiber eine Rolle spielen, beim unberechtigten Jagen in den Hintergrund treten. Nicht mehr wie Herr und Knecht, sondern wie gleiche Genossen an dem gleichen Frevel stehen sie sich meistens gegenüber. Gemeinsames Verbrechen läßt etwa vorhandene Standesunterschiede verschwinden.

Schon aus diesen allgemeinen Erwägungen heraus ergibt sich, wie falsch es ist, an jede strafrechtliche Beurteilung des Treibers mit dem Vorurteil heranzugehen, der Treiber sei doch immer nur eine untergeordnete Hilfsperson des Jägers. Und doch steckt dieses Vorurteil in so vielen wissenschaftlichen Betrachtungen und Urteilssprüchen verborgen, dadurch aber wird jede gründliche strafrechtliche Beurteilung unmöglich. Nur aus dem Wirken des Treibers bei unberechtigter Jagdausübung läßt sich seine strafrechtliche Natur erkennen. Darum kann auch Gegenstand unserer Betrachtung nur sein, ob der Treiber nach Handlung und Willen als Täter eines Jagdvergehens angesehen, oder ob er auch bei unberechtigter wie bei berechtigter Jagdausübung nur als Gehilfe des Jägers betrachtet werden kann.

II. Der Tatbestand des § 292 StGB. in seiner Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung des Treibers.

1. Der äußere Tatbestand.

a) Das Schutzobjekt des § 292 StGB.

§ 3.

Vorbemerkung.

§ 292 StGB. bedroht denjenigen mit Strafe, der „an Orten, an denen zu jagen er nicht berechtigt ist, die Jagd ausübt." Der Begriff der Jagdausübung, den das Gesetz gebraucht, ist nicht so eindeutig, daß man daraus ohne weiteres erkennen könnte, welche Handlungen nach dem Willen des Gesetzgebers darunter fielen. Der natürliche Sprachgebrauch vermag uns zu einer Auslegung nichts zu helfen, denn dann könnte man darunter nur eine waidmännische Tätigkeit verstehen. Diese Auffassung würde aber sofort durch § 293 StGB. widerlegt sein, der auch das Nachstellen mit Fallen und Netzen als Jagdausübung betrachtet. In allen Fällen aber, in denen die Ausdrucksweise des Strafgesetzbuchs ungenau ist, ist es wertvoll, das verletzte Rechtsgut zu ermitteln. Denn der Angriff auf das Rechtsgut ist das gemeinsame Merkmal aller Verbrechen.[8] Die Verschiedenheit der Rechtsgüter bedingt erst die Verschiedenheit der Delikte. Darum kann man die Natur eines Delikts und damit auch dessen Tatbestand nicht besser klären, als wenn man auf das verletzte Rechtsgut zurückgeht.

Wenn dabei auch über die vorliegende Aufgabe weit hinausgegangen werden muß und manches, was unmittelbar für die Beurteilung des Treibers ohne Bedeutung ist, geprüft werden wird, so ist doch diese grundlegende Untersuchung des Tatbestandes notwendig, um die Betrachtung über die rechtliche Natur des Treibers auf festem Boden aufbauen zu können. Gerade in der Verschiedenheit der Grundauffassung über das Jagdrecht im Strafrecht liegt oft der Gegensatz der Ansichten über den Treiber begründet.

§ 4.

α) Jagdrecht und Jagdausübungsrecht.

Dem Wesen des Delikts aus § 292 StGB. entspricht es, wenn man das Jagdrecht allgemein als verletztes Rechtsgut dieses Paragraphen ansieht. Der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 spricht dies ausdrücklich aus, indem er im

---

8) Binding, Normen Bd. 1, S. 338.

§ 328 denjenigen mit Strafe bedroht, der „unter Verletzung fremden Jagdrechts dem Wilde nachstellt oder sich Sachen aneignet, die dem Jagdrecht unterliegen“.

Aber auch das Jagdrecht ist kein so feststehender Begriff, daß man durch dessen Feststellung als Schutzobjekt des § 292 StGB. schon volle Klarheit über den Tatbeand erhalten könnte. Er ist im Laufe der Geschichte vielen Wandlungen unterworfen gewesen. Darum ist es zum klaren Verständnis des Begriffes des heutigen Rechts erforderlich, wenigstens ganz kurz auf die rechtsgeschichtliche Entstehung desselben einzugehen.

In Rom gab es nach herrschender Auffassung nichts, was man mit Jagdrecht hätte bezeichnen können.[9] Jedenfalls fehlte es an einem besonderen Rechtsschutz, der auf ein dem zugrunde liegendes besonderes Recht hinweisen könnte. Nur der allgemeine Schutz des Grundeigentümers gegen widerrechtliches Betreten des Grundstücks gewährte diesen tatsächlich, aber nicht rechtlich, ein ausschließliches Recht am Wilde auf seinem Gebiet.[10]

Auch in Deutschland kann man, solange noch kein Privateigentum am Grund und Boden bestand, nicht von einem ausschließlichen Jagdrecht sprechen. Es herrschte Jagdfreiheit für alle waffenfähigen Männer.

Als sich jedoch das Privateigentum herausbildete, entwickelte sich auch ein Jagdrecht. Es stand nur dem Freien auf seinem echten Eigentum und der gemeinen Mark zu.[11] Die rechtliche Beschränkung der Jagd auf einzelne Personen ist das Kennzeichen des Bestehens eines Jagdrechts. Aber auch in dieser Zeit herrschte wenigstens noch in den großen Wäldern Jagdfreiheit.

Der Rechtsgedanke des dominium eminens des Landesherrn führte jedoch bald zur Einrichtung von königlichen Bannforsten, in denen bei Strafe des Wildbanns nur der König jagen durfte.[12]

Damit war das Prinzip der Jagdfreiheit auch in den großen Wäldern — denn gerade diese wurden zuerst eingeforstet — abgeschafft. Der rechtliche Zustand der Jagdfreiheit war damit endgültig beendet. Seit dieser Zeit besteht ein Jagdrecht im wahren Sinne.

Mit der Erstarkung der Landeshoheit gegenüber der Königsgewalt ging auch dieser Königsbann bald auf die Landesfürsten über. Ihr Bestreben war darauf gerichtet, den Bauer ganz von der Jagd auszuschließen. Das allmähliche Schwinden des echten Eigentums

9) Ebner: S. 7; Nagler S. 424; a. A. v. Wächter S. 340.
10) Institutiones § 12, II, 1.
11) Ebner S. 8; Dalcke-Delius S. 8
12) Rotering: J. f. S. Bd. 1, S. 30.

und der freien Markgenossenschaften und das allmähliche Wachsen der Hausmacht der Landesfürsten half dazu bei.

Als das 16. Jahrhundert diesem die absolute Herrschaft über sein Gebiet brachte, maßte er sich auch das Jagdregal, d. h. das ausschließliche Jagdrecht in seinem Territorium, an.[13] Wenn auch die Landesherrschaft meist nur die sog. hohe Jagd für sich beanspruchte, die mittlere und niedere Jagd niederen Ständen überließ, so wurden doch allmählich die Bauern ganz von der Jagdausübung ausgeschaltet. In zahlreichen Forst- und Jagdordnungen wurde ihnen jede Jagd auf ihrem Grund und Boden, wenn sie auch zum Schutz der Feldfrüchte noch so notwendig war, aus polizeilichen und wirtschaftlichen Gründen, hauptsächlich um Bewaffnungen und Räubereien sowie das Ausrotten des Wildes zu verhüten, untersagt.[14]

Erst die französische Revolution und die im Anklang daran ergehenden Jagdgesetze in allen Staaten brachten wieder die ursprüngliche Vereinigung von Jagdrecht und Grundeigentum. So erklärten die Grundrechte des deutschen Volkes von 1848 im § 37 und ebenso das preußische Gesetz vom 31. Oktober 1848 die Jagdrechte auf fremdem Grund und Boden für aufgehoben. Nach § 3 des preußischen Gesetzes sollte wieder jedem Grundbesitzer auf seinem Grund und Boden die Jagd zustehen.

Aber bald erkannte man, daß man im Uebereifer, den Bauern wieder ihr Recht zurückzugeben, weit über das Ziel hinausgeschossen war. Der geschaffene Zustand war wirtschaftlich unhaltbar. Er hätte binnen Kurzem bei strikter Durchführung zu einer Vernichtung des gesamten Wildstandes geführt. Auch die wirtschaftlichen Interessen der kleinen Bauern selbst wurden erheblich gefährdet,[15] da sie sich nur zu leicht durch die einmal erwachte Jagdleidenschaft zu einer Vernachlässigung ihrer Wirtschaft verleiten ließen.

Darum trennte das preußische Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 wie viele andere Landesgesetze in Deutschland das Jagdrecht von dem Jagdausübungsrecht. Das erstere verblieb dem Grundeigentümer, und somit auch die sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Vorteile, z. B. der Pachtzins, dagegen ist er grundsätzlich, wenigstens tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, zur Ausübung der Jagd selbst nicht befugt. Dazu berechtigt nur der Besitz eines zusammenhängenden Jagdbezirks von bestimmter Größe.

Dieser Rechtszustand ist wenigstens im Grundgedanken durch die preußische Jagdordnung vom 15. Juli 1907 aufrecht erhalten.

13) Dalcke-Delius: S. 2; Rotering Z. f. J. Bd. 1, S. 31.
14) Ebner: S. 11; Rotering Z. f. J. Bd. 1, S. 61.
15) Ebner: S. 15; Dalcke-Delius: S. 2.

So muß man auch jetzt noch zwischen Jagdrecht und Ausübungsbefugnis scheiden.

Die selbständige Natur des Jagdrechts ist kaum im Schrifttum bestritten worden und konnte es auch nicht, solange es vom Grundeigentum getrennt war. Ob man auch jetzt noch von einem selbständigen Jagdrecht sprechen kann, hängt eng damit zusammen, ob man ein Jagdausübungsrecht anerkennt oder nicht. In diesem Zusammenhange wird erst darauf eingegangen werden können und müssen, obwohl diese Frage im heutigen Schrifttum nirgends erörtert wird. Ueber die rechtliche Natur des Jagdrechts sind im Schrifttum verschiedene Auffassungen vertreten. Für das Strafrecht sind sie jedoch bedeutungslos; denn unser Strafgesetzbuch hat in §§ 232 ff StGB. die Verletzung des Jagdrechts als Sonderdelikt unter Strafe gestellt. Darum brauchen sie hier nicht erörtert zu werden.

Streit herrscht auch darüber, ob das Jagdausübungsrecht als besonderes Recht anzusehen und bei Bejahung dieser Frage als Schutzobjekt des § 292 StGB. zu betrachten sei.

Das ältere Schrifttum schweigt darüber. Die neuere Richtung, die das Jagdausübungsrecht meist als Schutzobjekt anerkennt, kommt aber kaum zu anderen Ergebnissen.

Wenn damit also auch praktisch die Entscheidung der aufgeworfenen Streitfrage im allgemeinen für das Strafrecht und damit auch für die speziell hier interessierende Behandlung des Treibers ohne Bedeutung ist, so ist doch zur wissenschaftlich klaren Erfassung des Tatbestandes des § 292 StGB. erforderlich, auch in diesem Zusammenhang darauf einzugehen.

Man wird Ebner[16] Recht geben müssen, wenn er behauptet, in jeder Berechtigung liege begrifflich das Recht zur Ausübung der in ihr enthaltenen Befugnisse. Jedoch bei dem besondersartigen Jagdrecht ist dieser Satz nicht anwendbar. Hier handelt es sich nicht nur um eine Beschränkung der Ausübung eines Rechts, die begrifflich bei jedem Recht möglich und auch wohl immer vorhanden ist. Denn die „Beschränkung“, die die preußische Jagdordnung der Ausübung des Jagdrechts zieht, kommt in ihrer tatsächlichen Wirkung beinahe einer völligen Aufhebung des Rechts gleich; denn nur in den wenigsten Fällen wird wegen der Größe des verlangten zusammenhängenden Jagdbezirks das Jagdrecht mit der Ausübungsbefugnis zusammenfallen. Die Belassung des Jagdrechts beim Grundeigentümer ist wohl mehr aus politischen Gründen erfolgt: Man hätte ebensogut

16) S. 737.

2

sagen können: das Jagdrecht auf dem eigenen Grund und Boden ist wieder aufgehoben, der Grundeigentümer erhält für die Benutzung des Grundstücks ein Entschädigung in Gestalt einer Geldrente. Im Erfolg würde eine derartige Regelung dem geltenden Recht grundsätzlich entsprechen. Denn alle Befugnisse aus dem Jagdrecht gehen auf den Jagdausübungsberechtigten über, nur der Anspruch auf Geldentschädigung bleibt dem Grundeigentümer.

Das Jagdrecht ist somit rein theoretisch geworden, der praktische Ausfluß ist das Jagdausübungsrecht.[17]

Soll man nun der praktischen Seite des Jagdrechts im weiteren Sinne, die nach außen hin in voller Kraft in Erscheinung tritt, die Eigenschaft als Recht versagen, während man sie der theoretischen, ganz im Hintergrund bleibenden Seite gibt? Dieses Ergebnis ist unmöglich.

Darum wird man mit der im neueren Schrifttum herrschenden Meinung[18] das Jagdausübungsrecht als Recht anerkennen müssen.

Eine andere Frage, die bisher nicht erörtert worden ist und auch hier nur gestreift werden soll, ist es allerdings, ob man überhaupt noch das Jagdrecht im engeren Sinne als besonderes Recht auffassen kann.

Die spezifisch jagdrechtlichen Befugnisse sind auf das Jagdausübungsrecht übergegangen, was noch übrig geblieben ist, läßt sich ebenso als Ausfluß des Grundeigentums erklären, mit dem das Jagdrecht kraft Gesetzes auf immer verbunden ist. Welche Selbständigkeit hat dann noch das Jagdrecht, daß es die Bezeichnung als Recht verdiente?

Noch eine andere praktische Bedeutung hätte die Ablehnung des Jagdrechts als besonderes Recht. Bei der grundsätzlichen Anerkennung des Jagdausübungsrechts kam man in die mißliche Lage, in den Fällen, in denen ausnahmsweise Jagdrecht und Ausübungsbefugnis zusammenfielen, ein Jagdausübungsrecht nur deswegen nicht annehmen zu können, weil derselben Person das Jagdrecht zusteht. Denn in dem Recht liegt zugleich die Ausübungsbefugnis. Auch hier ist doch aber die Jagdausübungsbefugnis das wesentliche, nicht das theoretische Jagdrecht.

Ohne Rücksicht auf diese hier nur beiläufig gestreifte Frage muß nun noch geprüft werden, ob als Schutzobjekt des § 292 StGB. das Jagdausübungsrecht oder das Jagdrecht betrachtet werden muß.

---

17) Elsperger: S. 19; Stöhr: S. 67.

18) Wirschinger: S. 31; Stelling: S. 30, Elsperger, S. 7 ff; v. Brünneck, S. 86; Quenstedt S. 12; Frommhold S. 203; im Ergebnis auch RG. in Zivilsachen Bd. 41, S. 349. a. A. Ebner S. 745.

§ 292 selbst gibt darüber keine klare Auskunft. Dagegen bestrafte noch § 274 des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten vom 14. April 1851 ausdrücklich denjenigen, der „auf seinem Grundstück, auf dem die Jagd an einen Dritten verpachtet ist, oder auf den ein Jäger für gemeinschaftliche Rechnung der bei einem Jagdbezirk beteiligten Grundbesitzer die Jagd zu beschießen hat, ohne Einwilligung des Jagdpächters oder der Gemeindebehörde jagt". Diese Bestimmung ließ klar erkennen, daß in den Fällen der Trennung von Jagdrecht und Ausübungsbefugnis nicht das Jagdrecht Objekt des § 274 sein konnte. Denn niemand kann wegen Verletzung eines Rechts bestraft werden, das ihm selber zusteht. Nur das Jagdausübungsrecht konnte darum hier als Objekt des Jagdvergehens betrachtet sein.

Das Strafgesetzbuch hat diese Bestimmungen des § 274 preußisches StGB. nicht übernommen, ohne aber von dem Grundgedanken abweichen zu wollen. Dafür zeugen die Motive, die ausdrücklich darauf hinweisen, daß durch die §§ 292 ff auch der Eigentümer eines Grundstücks betroffen werden soll, wenn er darauf jagt, ohne dazu berechtigt zu sein.[19]

Wenn, wie wir oben gesehen haben, der Grundeigentümer nur im Besitz des rein theorethischen Rechts bleibt, während allein der Jagdausübungsberechtigte es praktisch verwerten kann, wäre es auch wenig erklärlich, weshalb der Gesetzgeber einem Rechte seinen Strafschutz habe angedeihen lassen sollen, zu dessen Schutz bei dem Berechtigten ein Bedürfnis gar nicht vorhanden ist.[20]

So sieht denn auch die neuere Jagdrechtsliteratur bei getrenntem Jagdrecht und Jagdausübungsrecht nur das letztere als Objekt des § 292 an.[21]

Aber auch, wo man das Jagdrecht als Schutzobjekt des § 292 betrachtet, nimmt man doch an, daß auch der Grundeigentümer auf seinem Grund und Boden ein Jagddelikt begehen kann. Das Jagdrecht ist nach dieser Ansicht z. T. auf den Ausübungsberechtigten übergegangen. Insoweit kann auch der ursprünglich Berechtigte es verletzen. Damit kommt man praktisch wohl zu demselben Ergebnis, aber einen Anspruch auf wissenschaftliche Begründung kann nur die oben angeführte Meinung erheben, die das Jagdausübungsrecht als Objekt der Wilderei betrachtet.

Fallen ausnahmsweise Jagdrecht und Ausübungsbefugnis zusammen, so ist diese Streitfrage ohne jegliche Bedeutung.

---

19) Staab S. 57; Bauer Jagdgesetze S. 443.
20) Staab S. 62.
21) Elsperger S. 19; Neuhaus S. 12; Staab S. 64; Jeppes S. 68; Quenstedt S. 13, Weßler S. 64; Wachenfeld S. 436; im Ergebnis auch Winterhelt S. 25; Gerland S. 482.

§ 5.

β) Aneignungs- und Hegungsrecht.

Während die bisherige Erörterung lediglich theoretischer Natur war und wenig wertvolles für die Auslegung des Tatbestandes des § 292 StGB. brachte, ist hierfür die sich daran anschließende Frage nach dem Inhalt des Jagd- oder besser Jagdausübungsrecht von höchster praktischer Bedeutung.

Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, dem die Jagddelikte im Reichsstrafgesetzbuch beinahe wörtlich entnommen sind, verweisen für den Inhalt des Jagdrechts noch ausdrücklich auf das Zivilrecht.[22] Auch jetzt wird man noch zunächst darauf zurückgehen müssen, wenn man den strafrechtlichen Begriff des Jagdrechts erfassen will, ohne allerdings diesen dem zivilrechtlichen Begriff ohne weiteres gleichsetzen zu müssen. Die Auffassung über den Inhalt des Jagdrechts hat sich im Laufe der Zeit geändert. Solange es noch Wild in Hülle und Fülle gab, die Jagd lediglich zum Vergnügen ausgeübt wurde, mochte man sich mit dem Allgemeinen Landrecht damit begnügen, das Jagdrecht als das Recht zu bezeichnen, jagdbare wilde Tiere aufzusuchen und sich anzueignen.[23] Aber schon in demselben Gesetz und in zahlreichen Forst- und Jagdordnungen derselben und folgenden Zeit empfand man dieses Recht als zu eng begrenzt. Man erweiterte es zunächst dadurch, daß man vielfach dem Jagdberechtigten auch die Befugnis gab, fremde auf seinem Jagdgebiet wildernde Hunde und Katzen zu töten.[24] Der Begriff des Jagdrechts als lediglich Okkupationsrecht entsprach nicht mehr dem wirtschaftlichen Bedürfnis. Die Jagdwirtschaft wurde immer mehr eine wichtige Quelle der Volksernährung. Der geordnete Jagdbetrieb, bei dem nicht alles abgeschossen wurde, was vor die Flinte kam, sondern der Berechtigte sich bemühte, einen kräftigen Wildstand heranzuziehen, trat an die Stelle des planlosen Drauflosjagens.

Der Staat fühlte sich verpflichtet, durch Jagdpolizeiordnungen mit Schonfristen usw. den stark verminderten Wildstand im öffentlichen Interesse zu erhalten, das gleiche taten des eigenen Vorteils wegen die Jagdherren selbst durch planmäßige Jagdwirtschaft. Auch diesen Bestrebungen, die mit dem eigenen Nutzen die Volkswohlfahrt und -wirtschaft fördern, vermag der Staat auf die Dauer seinen Schutz nicht zu entziehen. Darum fordert man immer mehr auch Schutz des Hegungsrechts, d. h. des Rechts „zur Vornahme aller

22) Goltdammer, Materialien S. 622.
23) § 30, II, 16.
24) Ebner, Z. f. J. Bd. 1, S. 74.

über die bloße Unterlassung der Okkupation hinausgehenden Akte, welche die Heranziehung eines zahlreichen und kräftigen Wildstandes bezwecken.[25]

In der Verschiedenheit der durch sie verfolgten Zwecke unterscheiden sich Aneignungs- und Hegungsrecht. Ersteres ist unmittelbar auf Besitzergreifung gerichtet, letzteres auf die Erhaltung und Vermehrung eines kräftigen Wildstandes. Es schafft erst die Vorbedingung für die Erzielung eines größtmöglichen Jagdertrages und dient insofern mittelbar demselben Zweck wie das Aneignungsrecht.

Erst im neueren Schrifttum ist die Ansicht durchgedrungen, daß das Hegungsrecht dem Aneignungsrecht gleichberechtigt zur Seite steht, wenigstens im Zivilrecht.[26] Aber auch hier fehlt es nicht an Stimmen, die das Hegungsrecht von der ihm gebührenden gleichberechtigten Stellung herabdrücken wollen, indem sie ihm die Ausschließlichkeit abstreiten.[27]

Jedoch auch diese Lehrmeinung ist wohl nur noch ein Erbstück der Vergangenheit, das man aus Pietätsgründen abzulegen scheut. Die wirtschaftliche Notwendigkeit des Schutzes des Wildstandes fordert eine Ausschließlichkeit des Hegungsrechts.

Denn nur der Jagdberechtigte kann darüber entscheiden, was für ihn und seinen Wildstand am besten ist.[28]

„Es würde z. B. zu unerträglichen Verhältnissen führen, wenn die Einführung von neuen Wildarten, die Anbringung von Brutstätten und Salzlecken, die Vornahme von Blutauffrischungen von mehreren Personen vorgenommen werden dürften. Dies würde mit einem ordnungmäßigen Jagdbetrieb durchaus im Widerspruch stehen.“[29]

Diese Sätze zeigen klar, wie bedeutsam gerade für das Hegungsrecht die Ausschließlichkeit ist. Wenn man auch zugeben muß, daß einzelne Hegungshandlungen, auch wenn sie von Unberechtigten vorgenommen werden, dem Berechtigten nur Nutzen bringen, so liegt immer die Gefahr nahe, daß auch wider Willen des Handelnden schließlich eine Schädigung oder wenigstens Gefährdung des Wildstandes eintreten kann, wenn die Handlungen des Berechtigten und Nichtberechtigten miteinander im Widerspruch stehen. Aus diesem

25) v. Anders: S. 22.

26) v. Anders S. 22; Nagler S. 439; Wirschinger S. 27; Elsperger S. 19; Staab S. 38; Ebner S. 26; und Beiträge Bd. 55, S. 539; Weßler S. 35; Quenstedt S. 12, Stöhr S. 53.

27) Winterhelt S. 21; Frommhold S. 194; der überhaupt die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Aneignungs- und Hegungsrecht leugnet, dafür aber den Begriff des Aneignungsrechts sehr weit faßt.

28) Weßler S. 35.

29) Staab S. 51; ähnlich Ebner S. 33; und Beiträge Bd. 55 S. 539.

wirtschaftlichen Gesichtspunkt heraus wird man darum an der Ausschließlichkeit des Hegungsrechts festhalten müssen.

Wenn wir so als zivilrechtlichen Inhalt des Jagdrechts Aneignungs- und Hegungsrecht kennen gelernt haben, ergibt sich nun die Frage, ob dieser Jagdrechtsbegriff auf das Strafrecht übertragen werden kann. Die herrschende Lehre verneint sie und bezeichnet nur das Aneignungsrecht als Schutzobjekt des § 292 StGB., so besonders das Reichsgericht[30] und viele Schriftsteller,[31] trotzdem sie wenigstens zum Teil ein selbständiges Hegungsrecht anerkennen.[32] Damit wird wenigstens theoretisch dem Hegungsrecht trotz seiner großen wirtschaftlichen Bedeutung jeglicher strafrechtlicher Schutz versagt.

Sehen wir uns aber die praktische Anwendung dieser herrschenden Lehre, wie sie besonders in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zutage tritt, an, so werden wir finden, daß hier unter dem Aneignungsrecht etwas ganz anderes verstanden wird als im Zivilrecht.

Während wir dort mit v. Anders[33] gerade darin das Wesen des Aneignungsrechts sahen, daß es unmittelbar auf Aneignung gerichtet sein mußte, ist dieser Gedanke in der strafrechtlichen Literatur aufgegeben worden.

Sonst hätte man auch nur in der Erlegung und Aneignung des Wildes eine strafbare Jagdausübung sehen können. Dieses Ergebnis entsprach jedoch nicht der wirtschaftlichen Notwendigkeit eines größeren Schutzes des Wildstandes. Darum sah man sich gezwungen, den Begriff des Aneignungsrechts weiter auszudehnen. Bald sah man dessen Verletzung auch schon in der Vornahme aller Handlungen, die auf Erlangung des innerhalb eines fremden Jagdgebietes befindlichen Wildes gerichtet sind, so schon im Aufsuchen und Verfolgen des Wildes.[34] Man stellte schließlich den allgemein anerkannten Satz auf: „Es genügt auch eine solche auf die Okkupation abzielende Tätigkeit, welche zur wirklichen Ergreifung des Wildes noch eines weiteren Abschlusses bedarf.“[35]

Schon in diesen Fällen handelt es sich nicht mehr um eine Verletzung des Aneignungsrechtes im eigentlichen Sinne. Denn die

30) E. Bd. 3, S. 226; 5, 281; 6, 376; 15, 268; 40, 8, R. Bd. 2, S. 722, 4, 557, G. A. Bd. 48, S. 366.

31) Ebermayer § 292, VI; v. Olshausen § 292 Nr. 4; Frank § 292, I; v. Liszt-Schmidt S. 647; Gerland S. 481; Allfeld S. 459; Schwartz § 292 Nr. 2; Oppenhof-Delius § 292 Nr. 1; Dalcke-Delius S. 303; Nagler S. 454; Bauer Jagdgesetze S. 443, Merkel, in: Holtzendorff Handbuch Bd. 3, S. 839; Winterhelt S. 23; Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293, Nr. 3; Rotering J. f. J. Bd. 1, S. 170.

32) Weßler S. 98 (weite Auffassung des Aneignungsrechts). Ebner S. 46; Heppes S. 81.

33) S. 22.

34) E. Bd. 6, S. 376; Schwartz § 292 Nr. 2.

35) E. Bd. 11, S. 251; 13, 85; 26, 216; 40, 8. R. Bd. 4, S. 557; 7, 185, Dalcke-Delius S. 303; Bauer Jagdordnung S. 13; v. Olshausen § 292 Nr. 12a.

Möglichkeit der Aneignung besteht noch weiter und wird lediglich gefährdet. Aber immerhin, wenn man in der Gefährdung des Aneignungsrechts das Delikt sieht, kann man noch davon sprechen, daß Schutzobjekt des § 292 StGB. das Aneignungsrecht sei.

Dagegen kann von einer Verletzung oder Gefährdung des Aneignungsrechts keine Rede mehr sein, wenn man schon in der Erlegung des Wildes ohne jede Aneignungsabsicht ein Jagddelikt sieht.[36] Dasselbe gilt, wenn das Reichsgericht auch die Vergiftung des Wildstandes durch Ausstreuen von Giftbrocken als Jagdausübung und somit nach seiner Ansicht als Verletzung des Aneignungsrechts betrachtet.[37]

In diesen Fällen ist es nicht das Aneignungsrecht, sondern vielmehr nur das Hegungsrecht, welches durch diese Handlungen verletzt wird. Wenn nun aber das Reichsgericht hier wegen Jagdvergehens bestraft, kommt es praktisch der von jüngeren Schriftstellern[38] vertretenen Auffassung nahe, wonach jeder schädliche Eingriff in das Hegungsrecht sich auch als Jagdausübung darstelle und darum aus § 292 StGB. bestraft werden könne.

Jagdausüben bedeute lediglich, das tun, was der Jagdberechtigte ausschließlich tun darf.[39] Darunter fallen aber, wie wir gesehen haben auch die Hegungshandlungen.

Wenn diese dem Jagdberechtigten nur Nutzen bringen können, worüber der Richter nach waidmännischen Gesichtspunkten entscheiden müßte, können sie natürlich nicht mit öffentlicher Strafe belegt werden; denn es würde jedes Rechtsschutzinteresse des Staates fehlen.[40]

Anders, wenn der Eingriff in das Hegungsrechts sich als Schädigung des Wildstandes darstellt. Dann ist, der erforderliche Vorsatz des Täters vorausgesetzt, die Strafe am rechten Ort und zum Schutz des wirtschaftlich so hoch bedeutenden Hegungsrechts erforderlich. Oder will man wirklich mit der immerhin noch herrschenden Lehre die Vergiftung eines ganzen Wildstandes des aus böseſtem Willen heraus für straflos erklären, während man die Tötung eines fremden Kanarienvogels als Sachbeschädigung bestraft? Das Ergebnis

36) KG. in DJZ. Bd. 15, S. 149.

37) E. Bd. 14, S. 419; Ebner S. 469 ff; Rüdorff-Stenglein §§ 292/293 Nr. 8; Quenstedt S. 30. Einen Versuch, auch diese Fälle als Verletzung des Aneignungsrechts zu betrachten, macht Weßler S. 98.

38) Ziebarth S. 387; Elsperger S. 19; Staab S. 101; Stöhr S. 54/55; Graf v. Posadowsky-Wehner S. 45.

39) Denselben Gedanken führt Ob. Trib. in G.A. Bd. 2, S. 836 an, ohne aber zu der richtigen Folgerung zu kommen, daß damit auch das Hegungsrecht strafrechtlich geschützt ist.

40) Vgl. Neuhaus S. 10/11.

widerspricht so allem gesunden Rechtsempfinden, daß das Reichsgericht trotz seiner im übrigen sicherlich entgegenstehenden Ansicht zu einer Bestrafung gekommen ist. Aber der praktischen Aenderung der Ansicht über das Schutzobjekt des § 292 StGB. hätte zwangsläufig auch das theoretische Anerkenntnis des Hegungsrechtes folgen müssen. Dies geschah nicht, man wollte eine Meinungsänderung grundsätzlich nicht zugeben und setzte sich lieber in einen stillschweigenden Widerspruch zu allen den Entscheidungen, in denen das Aneignungsrecht als alleiniges Objekt des § 292 bezeichnet wird.

Jedoch die Notwendigkeit, daß auch jeder schädliche Eingriff in das Hegungsrecht als Jagdvergehen bestraft werden muß, ist durch diesen Fall hinreichend bewiesen. Darum wird man der theoretisch begründeten Meinung Ziebarths trotz ihrer wenigen Anhänger folgen und als Schutzobjekt des § 292 das Jagdrecht bezw. Jagdausübungsrecht in seinem vollen Umfang als Aneignungsrecht und Hegungsrecht anerkennen müssen. Jede Handlung, die diese verletzt, fällt unter § 292 StGB., sofern der Eingriff dem Wildstande schadet oder wenigstens zu schädigen geeignet ist.

Die Einfachheit und Klarheit des Begriffes hebt sich wohltuend von den oft gekünstelten Konstruktionen der herrschenden Lehre ab und schafft eine erfreuliche Uebereinstimmung zwischen Zivil- und Strafrecht.

Daß das Jagdrecht nicht alle Tiere des betreffenden Gebietes umfaßt, sondern nur die nach Landesrecht — in Preußen nach der Jagdordnung vom 15. Juli 1907 — jagdbaren Tiere, ist selbstverständlich. Darauf braucht im Folgenden trotz mancher auftauchenden Streitfrage nicht eingegangen zu werden; denn nur bei den dort aufgezählten Tieren kann wohl eine Treiberhandlung in Frage kommen.

§ 6.

b) Die Täterhandlung des § 292 StGB.

Wenn wir nun im Vorhergehenden das Jagdrecht oder besser Jagdausübungsrecht sowohl in seiner Auswirkung als Aneignungs- und Hegungsrecht als Schutzobjekt des § 292 StGB. kennen gelernt haben, so ist es nicht mehr schwer, daraus die Täterhandlung des § 292 StGB. zu bestimmen.

Daß uns der Begriff des „Jagdausübens“ nicht allzuviel bietet, daß er vor allem nicht als waidmännische Tätigkeit aufgefaßt werden kann, haben wir bereits oben gesehen. Trotzdem versucht man immer wieder dem Wort „Jagdausüben“ eine weittragende Bedeutung für den Tatbestand des § 292 beizumessen. Wenigstens eine

Nachstellungshandlung soll dadurch für erforderlich erklärt sein. Aber auch diese Auffassung hat der Praxis nicht Stand halten können. Man sah sich gezwungen, die Aneignung von Fallwild als Jagdausübung zu bestrafen,[41] und auch die Vergiftung von Wild wurde wie bereits oben erwähnt, vom Reichsgericht als taugliche Täterhandlung des § 292 StGB. angesehen.[42] Das praktische Bedürfnis, dem diese Entscheidungen entsprungen sind, zeigt uns recht deutlich, wie wenig Bedeutung man dem Wort „Jagdausüben" beilegen darf. Es ist vergebliche Mühe, an diesem Wort haften und daraus die Täterhandlung des § 292 StGB. erklären zu wollen. Man kommt dabei zu praktisch unverwertbaren Ergebnissen. Das Wort Jagdausüben gibt uns lediglich einen Fingerzeig für das Schutzobjekt. Dieses allein vermag uns darüber Aufschluß zu geben, was den Tatbestand des § 292 StGB. erfüllt, und was nicht. Dieser Weg führt uns, wie wir gesehen haben, zu der recht einfachen Lösung: Derjenige übt die Jagd aus und erfüllt somit den Tatbestand des § 292 StGB., der eine Handlung vornimmt, die nur der Jagdberechtigte vornehmen darf, und die den Wildstand schädigt oder ihn zu schädigen geeignet ist. Nur unter diesem Gesichtspunkt wird man darum auch die Frage zu entscheiden haben, ob sich schon die Treiberhandlung als Täterhandlung des § 292 StGB. darstellt.

Zweifellos kann in dem bloßen Aufscheuchen von Wild oder dem Herübertreiben auf ein anderes Jagdgebiet zwecks künftiger Erlegung[43] kein Jagdvergehen gesehen werden. Denn beide Handlungen greifen nicht schädigend in das Jagdrecht des Berechtigten ein.

Das Wechseln des Wildes aus einem Revier in das andere ist die natürliche Folge der Wildheit der Tiere. Damit muß jeder Jagdberechtigte rechnen, und es entsteht ihm dadurch regelmäßig auch kein Schaden.

Meist hat auch das Wild seinen bestimmten Standort, an den es immer wieder zurückkehrt, auch wenn es infolge menschlicher Einwirkung einmal davon vertrieben ist. Dann handelt es sich nur um eine vorübergehende Abwesenheit, die dem Jagdberechtigten im allgemeinen gleichgültig sein kann. Sollte es aber während des Uebertritts zufällig von dem Jagdnachbarn erlegt werden, so konnte das ebenso eintreten, wenn das Wild einmal freiwillig die Grenze über-

---

41) E. Bd. 15 S. 268/269; R. Bd. 2, S. 722; Ob. Trib. in G.A. Bd. 2, S, 836; Bay. Oberste LG. Bd. 1, S. 53; Ebermayer § 292, VII.

42) E. Bd. 14, S. 419; Ebner S. 469/470; Rüdorff-Stenglein §§ 292/293 Nr. 8; Quenstedt S. 30.

43) RG. in G.A. Bd. 48, S. 366; in Blätter für Rechtsanwendung Bd. 66, S. 495; Ebner S. 468; Ebermayer § 292, X; v. Chlapowski S. 40; Neuhaus S. 72.

trat. Man kann also nicht sagen, daß das Hinübertreiben auch nur eine das Hegungsrecht zu schädigen geeignete Handlung sei. Andererseits kann ja auch der Geschädigte ein andermal Wild des Nachbarn, das sich zufällig auf seinem Revier befindet, erlegen.

Mit dem bloßen Aufscheuchen und Treiben des Wildes aber haben wir es beim Treiber nicht zu tun. Wie wir gesehen haben, liegt das Wesentliche seiner Tätigkeit darin, daß er das Wild einem Schützen zutreibt. Darin aber wird man ohne Bedenken eine das Jagdrecht schädigende Handlung sehen können. Denn darin, daß der Schütze bereit ist, das Wild zu erlegen, was ihm zugetrieben wird, liegt zum mindesten eine starke Gefahr, daß es auch wirklich erlegt und damit das Jagdausübungsrecht des Berechtigten zunichte gemacht wird. Die Handlung des Treibers stellt darum nach unserer Auffassung eine Jagdausübung im Sinne des § 292 StGB. dar.[44] Ja, auch wenn man nur das Aneignungsrecht als Schutzobjekt des § 292 ansieht, wird man in der Handlung des Treibers eine strafbare Jagdausübung finden können, da ja eben der Begriff des Aneignungsrechts im Strafrecht allgemein sehr weit gefaßt wird.[45]

§ 7.

2. Die Schuld des Täters in § 292 StGB.

Während wir bisher für die Behandlung des Treibers trotz verschiedener Begründung im wesentlichen eine einheitliche Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum feststellen konnten, ändert sich sofort das Bild, wenn wir auf den inneren Tatbestand des § 292 StGB. eingehen. Hier beginnen die Auffassungen über den Begriff des erforderlichen Vorsatzes auseinanderzugehen. Daraus folgt zwangsläufig auch eine verschiedene Behandlung des Treibers.

Einigkeit herrscht darüber, daß zum Vorsatz des § 292 StGB. nicht irgend eine eigennützige Absicht gehört,[46] was man immerhin aus der Ueberschrift des 25. Abschnittes des Strafgesetzbuchs, in dem § 292 seine Stelle gefunden hat, schließen könnte. Aber in diesem Abschnitt sind ganz verschiedenartige Delikte zusammengefaßt, deren gemeinsames Merkmal darin besteht, daß sie in andere Abschnitte des Strafgesetzbuchs nicht hineinpassen.[47] Daraus zieht Ebermayer mit

44) Neuhaus S. 78; Elsperger S. 53; Staab S. 148; Winterhelt S. 44/45; Stöhr S. 120.

45) RG. in G.A. Bd. 48, S. 366, in Blätter für Rechtsanwendung Bd. 66, S. 495; R. Bd. 10, S. 331; KG. bei Johow Bd. 53, S. 445; v. Olshausen § 292 Nr. 4; Frank § 292, II; v. Lißt-Schmidt S. 648a; Ebner S. 468; Quenstedt S. 51; Heppes S. 98. a. A. Ziebarth S. 388; Wachenfeld S. 437.

46) E. Bd. 14, S. 420; Ob. Trib. Bd. 9, S. 347, Ebermayer Vorbem. z. 25. Abschnitt; Nagler S. 457; Oppenhoff Delius § 292 Nr. 15.

47) Ebermayer Vorbem. z. 25. Abschn.

Recht den Schluß, daß „weder aus der Ueberschrift des Abschnittes 25, noch aus der Zugehörigkeit zu diesem Abschnitt Folgerungen für den äußeren und inneren Tatbestand der §§ 284—302 e aufgezählten strafbaren Handlungen hergeleitet werden" dürfen.[48]

Die einzelnen Bestimmungen sind darum, wie das Reichsgericht einmal ausgesprochen hat, lediglich aus sich selbst zu erklären.[49]

Aber nur in dem Punkte der Ablehnung der Aneignungsabsicht für das Jagdvergehen stimmen die Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum überein.

Wenn wir unter dem Vorsatz das Wissen und Wollen aller Deliktsmerkmale verstehen, so ergibt es sich auch von selbst, daß der Begriff des Vorsatzes entsprechend der verschiedenen Auffassung des objektiven Tatbestandes verschieden sein muß.

So kommt die herrschende Lehre folgerichtig dazu, als Vorsatz den bewußten Willen, in ein fremdes Aneignungsrecht einzugreifen, zu bestimmen.[50] Eine Aneignungsabsicht hält man entsprechend der weiten Auffassung der objektiven Verletzung des Aneignungsrechts nicht für erforderlich.[51] Da man Eigennutz als Tatbestandsmerkmal ablehnt, ist es auch gleichgültig, ob die Jagd im Interesse des Jagenden oder eines Dritten vorgenommen wird.[52]

Dagegen verlangt man, daß, falls ein Aneignungsvorsatz da sei, dieser auf Okkupation durch den Täter selbst gerichtet sein müsse.[53] Daraus folgt die Unmöglichkeit der Bestrafung des Treibers als Täter.

Man begeht jedoch bei dieser Konstruktion offenbar einen logischen Fehler. Man gesteht zu, daß schon das Aufsuchen und Aufscheuchen objektiv ein Eingriff in das Aneignungsrecht darstellt, für den Vorsatz verlangt man aber nicht nur Wille und Bewußtsein dieser Handlungen, sondern darüber hinaus eine gewisse Aneignungsabsicht wenigstens für den Treiber, während man andererseits generell Aneignungsabsicht als nicht erforderlich erklärt. Diese Ansicht ist nur daraus zu erklären, daß man sich in dem Irrglauben befindet, die Bestrafung des Treibers als Täter widerspreche jeder natürlichen Auffassung und müsse darum auf jeden Fall vermieden werden. In der Not greift man zu dieser gewundenen Konstruktion, die mit dem

48) ebendort.
49) E. Bd. 14, S. 420.
50) v. Olshausen § 292 Nr. 11a.
51) Ebermayer § 292, VIII; Ebner S. 31, 483; Nagler S. 457; Neuhaus S. 58; E. Bd. 4, S. 261; 14, 420; R. Bd. 4, S. 715.
52) Ebermayer § 292, VIII; Ziebarth S. 388, Bauer, Jagdgesetze S. 448; Oppenhoff-Delius § 292 Nr. 8; Rotering in G.A. Bd. 32, S. 355; E. Bd. 4, S. 262; R. Bd. 3, S. 410.
53) Dalke Delius S. 311; Oppenhoff-Delius § 292 Nr. 8, Ebner S. 488; Bauer Jagdgesetze S. 448.

oben vorausgesetzten Vorsatzbegriff unvereinbar ist. Diese Auffassung ist darum unhaltbar.

Auch das Reichsgericht hat sich ihr nicht angeschlossen Es erachtet es für gleichgültig, ob der Täter selbst das Wild sich aneignet oder nur einem anderen die Aneignung ermöglichen will,[54] wenn er nur den Vorsatz hat, in ein fremdes Aneignungsrecht einzugreifen.

Daraus ergibt sich, daß bei einer konsequenten Durchführung der herrschenden Lehre, wie wir sie hier beim Reichsgericht gefunden haben, der Vorsatz des Treibers, der in ein fremdes Aneignungsrecht durch das Zutreiben des Wildes eingreifen will, den subjektiven Tatbestand des § 292 StGB. erfüllt. Dasselbe gilt erst recht für die hier vorgetragene Ansicht, wonach der Wille, in schädigender Weise in ein fremdes Jagdausübungsrecht einzugreifen, genügen muß.[55]

Der Treiber *kann* demnach als Täter eines Jagdvergehens bestraft werden. Damit ist noch nicht gesagt, ob er immer als solcher bestraft werden *muß*, wie wohl Elsperger[52] annimmt. Denn nach dem hier gegebenen Begriff ist der Treiber nie allein tätig. Immer muß noch eine andere Person da sein, der das Wild zugetrieben wird. Darum ist die Entscheidung dieser Frage von der Stellungnahme zu den Teilnahmetheorien abhängig.

Bevor wir aber auf diese eingehen, ist es hier im Zusammenhang mit dem inneren Tatbestand des § 292 StGB. erforderlich, darauf einzugehen, inwieweit ein Irrtum des Treibers über das Jagdgebiet, in dem er treibt, beachtlich ist. Nur dieser Irrtum wird für ihn in Betracht kommen, und auch das nur selten. Verwendet man schon bei berechtigtem Jagen nur ortskundige Leute als Treiber, umsomehr ist bei der Wilderei, da sie ja unter viel erschwerenderen Umständen vonstatten gehen muß, genaue Kenntnis der Gegend erforderlich.

Aber immerhin ist der Irrtum denkbar, vor allem auch dann, wenn der Treiber dem Jagd*berechtigten* Wild zutreiben will und dabei unbewußt ein fremdes Jagdgebiet betritt.

Allgemein fordert man für den Vorsatz des § 292 das Bewußtsein, in einem fremden Jagdgebiet die Jagd auszuüben.[57] Derselben Ansicht ist auch das Reichsgericht, obwohl es im Gegensatz zur herrschenden Lehre im Schrifttum und zu einzelnen bedeutenden

54) RG. in G.A. Bd. 39, S. 351; R. Bd. 10, S. 331.
55) Elsperger S. 53; Stöhr S. 116; Staab S. 139.
56) S. 53.
57) Nagler S. 467; v. Olshausen § 292 Nr. 11a; Oppenhoff-Delius § 292 Nr. 14; Frank § 292, V; Staab S. 139; Quenstedt S. 43; Ob. Trib. Bd. 18, S. 709. Bay. Oberste LG. Bd. 3, S. 99.

Gliedern des Gerichts selbst das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit für den Vorsatz aller Delikte verneint. Da aber die Nichtberechtigung zur Jagdausübung im Tatbestand des § 292 StGB. ausdrücklich erwähnt ist, hält es den Irrtum über das Jagdgebiet für einen solchen über Tatumstände, der nach § 59 StGB. Straflosigkeit herbeiführt. So schließt nach allgemeiner Ansicht ein Irrtum über die Grenze des Jagdgebiets auch den Vorsatz des Treibers aus. Aber es muß sich um einen wirklichen Irrtum handeln, es genügt nicht nur ein Zweifel über die Jagd- bezw. Treibberechtigung. Dann sehen wir den sogen. Eventualdolus für gegeben an. Bei vorsätzlichen Delikten ist nicht das positive Wissen aller Merkmale erforderlich, die den gesetzlichen Tatbestand des Vergehens bilden; es genügt, wenn der Angeklagte über das Vorhandensein eines Tatbestandsmerkmals auch nur Zweifel hegte und dennoch auf die Gefahr hin, eine strafbare Handlung zu begehen, handelte.[58]

Schon darin zeigt sich genügend die verbrecherische Gesinnung. Darum tritt auch bei lediglichem Zweifel über die Berechtigung zum Jagen oder Treiben Bestrafung wegen vorsätzlichen Jagdvergehens ein.[59]

Ein anderer Irrtum wird für den Treiber kaum in Betracht kommen, insbesondere nicht ein solcher über die Jagdbarkeit eines zugetriebenen Tieres; denn beim Treiber kann es sich wohl nur um jagdbare Tiere im Sinne der preußischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907 handeln.

Soweit also ein solcher Irrtum über die Jagdberechtigung nicht vorliegt, kann der Treiber aus § 292 StGB. bestraft werden. Im Folgenden werden wir zu prüfen haben, ob er immer als Täter bestraft werden muß.

III. Der Einfluß der Teilnahmelehre auf die Beurteilung des Treibers.

§ 8.

Vorbemerkung.

Im Regelfall wird auch der Schütze, dem der Treiber das Wild zutreibt, unberechtigt jagen. Dann wirken also Jäger und Treiber bei einem Jagdvergehen zusammen. Sobald aber zwei Personen an

58) E. Bd. 10, S. 236.

59) Ebermayer § 292, VIII; Nagler S. 467; Quenstedt S. 43; Bay. Oberste LG. Bd. 7, S. 216; OLG. München Bd. 10, S. 55; OLG. München in DJZ. Bd. 4, S. 220.

einer Tat beteiligt sind, entsteht immer die Frage, inwieweit der eine oder der andere als Mittäter oder Gehilfe zu betrachten ist.

Die Erörterung dieser Frage im Hinblick auf den Treiber wird Gegenstand der folgenden Betrachtungen sein. Dafür bedarf es aber zuvor der Stellungnahme zu den einzelnen Teilnahmetheorien.

1. Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe im Allgemeinen.

§ 9.

a) Der Wortlaut des Gesetzes und die Motive.

§ 47 StGB. bezeichnet als Mittäter denjenigen, der eine strafbare Handlung gemeinschaftlich mit einem anderen ausgeführt, § 49 StGB. als Gehilfen, wer dem Täter zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat.

Trotz dieser Gesetzesbestimmung herrscht in Rechtslehre und Rechtsprechung über die Unterscheidung zwischen Mittäter und Gehilfen heftiger Streit. Während die eine Richtung das Unterscheidungsmerkmal in der Verschiedenheit der Handlung sieht, sucht es die andere in der Verschiedenheit des Vorsatzes. So unterscheidet man schon von Alters her zwischen einer objektiven Theorie, erstere vor allem in der Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts vertreten, letztere herrschend in der Rechtslehre. Beide sind in eine Anzahl Lehren zerspalten. Die Literatur darüber ist ins Grenzenlose gewachsen. Darum kann hier nur auf die wichtigsten Lehren eingegangen werden, die im Schrifttum eine gewisse allgemeine Beachtung gefunden haben. Wenn wir vor der Prüfung der einzelnen Lehren auf ihre Brauchbarkeit noch einmal auf den Wortlaut des Gesetzes zurückgehen, so scheint es, als ob er auf einen objektiven Unterschied zwischen Mittäter und Gehilfen hindeute. Ausführen und Hilfeleisten sind jedenfalls äußerlich genommen rein objektive Begriffe. Von einer subjektiven Unterscheidung ist vollends keine Spur zu finden. Andererseits sind die im Gesetz gebrauchten Worte so allgemein gehalten, daß unmittelbar daraus eine eindeutige Unterscheidung zwischen Mittäter und Gehilfen nicht hergeleitet werden kann.

Geht man dagegen auf die Motive zurück, auf die vor allem das Reichsgericht[60] in seinen ersten Entscheidungen seine subjektive Auf-

60) E. Bd. 2, S. 162.

fassung stützt, so finden wir als Willen des Gesetzgebers Folgendes ausgesprochen, das seiner Wichtigkeit wegen hier wörtlich wiedergegeben werden soll:

„Der Entwurf habe geglaubt, daß der wesentliche Charakter der Mittäterschaft in der gemeinschaftlichen Ausführung der Tat seinen vollen Ausdruck finde, indem hierbei nicht sowohl lediglich das rein äußere Moment der gemeinschaftlichen Tätigkeit bei der Ausführung der Tat, sondern auch und vorzugsweise der Charakter der Mitwirkung des einzelnen bei der Ausführung ins Auge gefaßt und hiernach bestimmt werde, ob die Tat selbst in ihrer Ausführung als eine gemeinschaftliche sich darstelle. Während die Mitwirkung des Gehilfen sich dadurch kennzeichnet, daß sie die Tat selbst als die eines Driten behandle, zu welcher die Hilfe geleistet werde, sei die Mitwirkung des Mittäters aus der Absicht entsprungen, die Tat als seine eigene, beziehentlich als die seiner Komplizen zu unterstützen und zur Vollendung zu bringen.

Nicht sowohl das Maß und die Bedeutung der Mitwirkung zu der Tat als vielmehr die Absicht, aus welcher sie entsprungen, werde nach wie vor das wesentliche entscheidende Moment bilden.“[61]

Wenn damit auch ganz entschieden der subjektiven Unterscheidung der Vorzug gegeben wird,[62] so wird doch andererseits auch die objektive nicht ganz verworfen. Birkmeyer[63] scheint darum Recht zu haben, wenn er sagt, daß die Motive zwischen subjektivem und objektivem Standpunkt hin und her schwanken. Aber vielleicht liegt, wie wir später bei der Betrachtung der subjektiven Lehre sehen werden, gerade in der nicht scharfen Entscheidung für den einen oder anderen Standpunkt ein tieferer Sinn.

Auf jeden Fall dürfen wir aber den Wert der Motive für die Entscheidung unserer Frage nicht zu hoch anschlagen. Mit Recht kämpft das Reichsgericht in einem anderen Zusammenhang dagegen an, daß durch in derartigen Arbeiten ausgesprochene Meinungen etwas in das Gesetz hineingetragen werde, was aus dem Gesetze selbst in keiner Weise erkennbar sei.[64] Wir haben aber gesehen, daß wenigstens aus dem W o r t l a u t der §§ 47, 49 StGB. beim besten Willen kein Anhaltspunkt für eine subjektive Unterscheidung zwischen Mittäter und Gehilfen herausgelesen werden kann.

Sind wir durch diese Untersuchung des Wortlauts des Gesetzes und die Betrachtung der Motive zu keinem befriedigenden Er-

61) E. Bd. 2, S. 162/163.
62) Löffler bei Grünhut Bd. 19, S. 512.
63) Lehre von der Teilnehme S. 89.
64) JW. Bd. 14, S. 245; Nr. 18.

gebnis gelangt, so wollen wir nun sehen, ob die Wissenschaft eine brauchbare Unterscheidungsmöglichkeit gefunden hat, die auch zum Gesetz nicht im Widerspruch steht.

b) Die Lehrmeinungen.

§ 10.

α) Die objektiven Theorien.

Versuchen wir zunächst, ob eine objektive Unterscheidung zwischen Mittäter und Gehilfen möglich ist; denn dies scheint dem Wortlaut des Gesetzes am meisten zu entsprechen. Außerdem wird man Birkmeyer[65] im allgemeinen beipflichten können, wenn er sagt:

„Wo immer im Strafrecht objektive Unterscheidungsmerkmale nur überhaupt möglich sind, da müssen sie als einem Beweis allein mit Sicherheit zugänglich, im Interesse von Recht und Gerechtigkeit sofort allen denkbaren subjektiven Kriterien vorgezogen werden".

Aber auch nur dann, wenn wirklich eine scharfe objektive Unterscheidung möglich ist, verdient sie den Vorzug vor jeder subjektiven. Denn sobald auch sie zu Zweifeln und Ungewißheiten führt, wo letzten Endes auch nur das subjektive Ermessen des Richters entscheidet, ist sie um nichts besser und gerechter als jede subjektive Unterscheidung.

Eine Anzahl Schriftsteller gehen davon aus, daß man den Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe darin finden könne, daß der Täter bezw. Mittäter eine Ursache, der Gehilfe nur eine Bedingung des Erfolges setze.

Aber auch die Unterscheidungsmöglichkeit von Ursache und Bedingung gehört zu den umstrittendsten Fragen des Strafrechts. Darum werden wir auch hier zunächst feststellen müssen, ob überhaupt eine Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung möglich ist. Kommen wir zu einer Verneinung dieser Frage, so entfallen damit zugleich auch alle auf dieser Unterscheidung aufgebauten Teilnahmelehren.

Als Grundlage aller Betrachtungen der Verursachungslehre bedarf es der Feststellung, daß wir den Ursachenbegriff im philosophischen Sinne für das Strafrecht nicht verwenden können. Denn Ursache eines Erfolges im philosophischen Sinne ist die Gesamtheit aller Kräfte, Bedingungen, Umstände oder Antezedentien, die zu seiner Herbeiführung mitgewirkt haben, bei deren Mangel er nicht eingetreten wäre.[66]

---

65) Lehre von der Teilnahme, S. 8.
66) Doerr S. 39.

Da aber kein Mensch allein alle diese Umstände setzt, noch setzen kann, die den Erfolg herbeiführen, sondern immer noch andere Momente mitwirken, die außerhalb der Einwirkung des Täters stehen, könnten wir bei Verwendung dieses Ursachenbegriffs im Strafrecht auch keinen als Täter bestrafen. Denn keiner hätte den Erfolg verursacht.

Darum kann bei jeder strafrechtlichen Betrachtung der Verursachung nur geprüft werden, ob wir eine oder einzelne Bedingungen des Erfolges vor den anderen hervorheben und insoweit als Ursachen bezeichnen können.

Die Schriftsteller, die diese Möglichkeit behaupten, gehen davon aus, daß man in der Denkweise des täglichen Lebens, beim vulgären Gebrauch des Ursachenbegriffs[68] eine solche Unterscheidung macht. Bei jeder Betrachtung scheidet man aus der Masse der Bedingungen eines Erfolges eine oder einige heraus, die man als besonders wichtig für den Erfolg erachtet.

Aber schon Mayer[69] weist treffend nach, wie auch eine solche natürliche Beurteilung ganz von der Person, die sie abgibt, abhängig ist, wie verschiedene Bedingungen von verschiedenen Personen bei demselben Erfolg als „Ursachen" bezeichnet werden.

Es gibt keine einheitliche vulgäre Auffassung des Ursachenbegriffs, die in allen Menschen schlummerte und in der gleichen Betrachtung der Verursachung eines Erfolges zum Ausdruck kommen müßte.

„Die tausend Momente, die jedes Urteil bestimmen, Charakter, Bildung, Verstand, Wahrnehmung, Erfahrung usw. werden stets dem einen diese, dem anderen jene Voraussetzung als die wirksamste oder adäquate erscheinen lassen."[70]

Schon diese allgemeinen Erörterungen zeigen, wie wenig eine Uebertragung dieser Auffassung ins Strafrecht zu einer festen allgemein gültigen Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung beitragen kann. Das subjektive Ermessen des urteilenden Richters würde schließlich darüber zu entscheiden haben, was als Ursache oder Bedingung anzusehen sei. Damit käme man wenigstens in seiner Anwendung auf die Teilnahmelehre zu einem Ergebnis, das man gerade vermeiden will, auf scheinbar objektivem Wege zu einer in Wirklichkeit subjektiv vom Ermessen des Richters abhängigen Unterscheidung von Mittäter und Gehilfen.

---

67) v. Liszt-Schmidt § 29, VII, 1. Ebermayer Einl. VXIII, A. 1, Abs. 2.
68) Mayer, Kausalzusammenhang S. 22.
69) Kausalzusammenhang, S. 22/23.
70) Mayer, Kausalzusammenhang, S. 23.

Trotzdem wollen wir noch zur Prüfung dessen übergehen, was die einzelnen Schriftsteller als Ursache bezeichnet haben.

Birkmeyer[71] sieht nur die wirksamste Bedingung als Ursache an.

Mit Recht weist Reinach[72] demgegenüber darauf hin, daß nur dann Bedingungen im Hinblick auf ihre Wirksamkeit verglichen werden können, wenn einerseits der Erfolg auf irgendeine Weise quantitativ abstufbar ist und andererseits festgestellt werden kann, welchen Teil des Erfolges jede einzelne der verglichenen Bedingungen ohne die anderen, mit denen sie verglichen wird, erzielen würde.

Daraus ergibt sich, daß es in den meisten Fällen überhaupt unmöglich sein wird, eine wirksamste Bedingung auszusondern.

Aber auch sonst führt diese Lehre, wie Frank[73] mit Recht bemerkt, zu unbefriedigenden Ergebnissen, weil der Hauptschuldige vielfach nur eine solche Bedingung setzt, die äußerlich nicht erheblich ins Gewicht fällt. Er könnte nicht als Täter bestraft werden, nur weil er schlau genug war, andere für sich ins Feuer zu schicken.

Schließlich tritt die ganze Unsicherheit der Birkmeyerschen Lehre dann zu Tage, wenn neben den von Menschen gesetzten Bedingungen Naturkräfte zu dem Erfolg mitwirken. Dann soll auch, wenn sich die menschlichen Bedingungen um eine einwirkende Naturkraft von höchster Wirksamkeit schaaren, jede menschliche Bedingung höherwertiger sein als die wirksamste Naturkraft. Aber in gewissen Fällen sei doch die Naturkraft als „eigentliche Ursache" anzusehen.[74] Wo soll hier eine objektive Grenze gezogen werden?

Darum werden wir diese Lehre nicht zur Unterscheidung von Ursache und Bedingung verwenden können.

Man wird Mayer[75] beipflichten müssen, wenn er sagt: „Die Theorie scheitert, weil sie über einen Appell an den gesunden Menschenverstand nicht hinauskommt."

Binding[76] versucht einzelne Bedingungen dadurch als Ursache hervorzuheben, daß er „die positiven Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die negativen" als Ursachen bezeichnet.

Wenn Binding unter den positiven Bedingungen die auf den Erfolg hinstrebenden, unter den negativen die den Erfolg abwehrenden versteht, so wird man, soweit überhaupt von letzteren als

71) Ursachenbegriff, S. 17 ff.
72) S. 24.
73) Zu § 1, III, 1a.
74) Hergt: S. 82/83.
75) Lehrbuch S. 146.
76) Normen Bd. I, S. 116.

„Bedingungen des Erfolgs" geredet werden kann, sagen müssen, daß schließlich jede positive Bedingung ein Uebergewicht über die negativen schafft. Denn gerade darin besteht ja die Eigenart der positiven, auf den Erfolg hinstrebenden, also ihm auch näher kommenden Bedingungen.

Binding will aber als Ausgangspunkt für diese Unterscheidung nur den Zeitpunkt höchster Gefahr ansehen. Dann wird man aber v. Liszt[77] beipflichten müssen, wenn er sagt, daß diese Theorie schließlich auf das widersinnige Ergebnis hinauslaufe, daß immer nur die letzte Bedingung Ursache wäre. Denn diese gibt erst die entscheidende Richtung auf den Erfolg, da durch sie erst sämtliche negativen Bedingungen außer Kraft gesetzt werden. Da eine solche Unterscheidung aber höchst willkürlich wäre und gewiß auch nicht von Binding so gewollt ist, wird man den Bemerkungen Mayers[78] und Lobes[79] zustimmen können, wonach Binding mit seiner Theorie wohl die Verursachung durch den menschlichen Willen zergliedert, aber keine relevanten oder irrelevanten Zusammenhänge scheidet. Darum ist auch diese Lehre für unsere Zwecke unbrauchbar.

Eine ähnliche Unterscheidung von Ursache und Bedingung wie Binding bringt Wachenfeld,[80] wenn er als Ursache die Tätigkeit bezeichnet, die „der Kausalkette die entscheidende Richtung gegeben hat". Dieselben Einwendungen, die gegen die Lehre Bindings erhoben worden sind, treffen auch bei ihr zu.

Kohler[81] will als „causa, im Gegensatz zur bloßen Bedingung, das die Existenz erregende und darum für Art und Intensität wesentlich bestimmende Element" hervorheben.

Wenn schon die Bestimmung dieses Elementes zu unlöslichen Schwierigkeiten führt — sollte es nicht wirklich oft im Objekt der Tat zu finden sein? — so gibt er selbst in weiterer Ausdehnung seiner Lehre jede feste Unterscheidung auf. Er macht als Täter für einen Erfolg nicht nur denjenigen verantwortlich, der die causa, sondern auch wer eine Bedingung gesetzt und dadurch die Konstellation herbeigeführt hat, kraft deren die Ursache wirken und das Objekt treffen konnte.[82] Diese Konstellation dürfte aber von jeder Bedingung herbeigeführt werden; denn erst durch das Eintreten jeder einzelnen Bedingung kann die „Ursache" zum Erfolg führen und das

77) § 29, VII, 3.
78) Lehrbuch S. 145, Anm.
79) Ebermayer, Kommentar, Einleitung XVIII, A, 2, c.
80) S. 90.
81) Studien Bd. I, S. 83.
82) G.A. Bd. 51, S. 328.

Objekt treffen. Damit käme man praktisch zu einer Gleichsetzung von Ursache und Bedingung, also zum Gegensatz von dem, was Kohler beweisen will.

Die in dem neueren Schrifttum herrschende und auch von den Zivilsenaten des Reichsgerichts vertretene Kausaltheorie betrachtet diejenige Bedingung als Ursache, die den Erfolg wahrscheinlich macht.

Sofort entsteht hier die Frage, für wen der Erfolg wahrscheinlich sein müsse. Die Meinungen der Vertreter dieser sogen. adäquaten Verursachungstheorie gehen hierüber auseinander.

Sollte der Erfolg, wie es ein Teil behauptet, für den Täter voraussehbar sein, so kann man mit Recht einwenden, daß dann schon bei der Verursachung das Verschulden geprüft werde, was mit der rein äußeren Betrachtung der Verursachung nichts zutun hat.

Will man dagegen, wie es andere Schriftsteller tun, die Voraussehbarkeit objektiv betrachten, sodaß der Erfolg für den Richter oder Durchschnittsmenschen wahrscheinlich sein muß, so kommt man, worauf v. Liszt[83] treffend hinweist, in „rettungslose Widersprüche". Denn dann müßte man, „wenn der Täter den atypischen Verlauf voraus berechnet hat, ihn entweder freisprechen, oder anstelle der objektiven Berechenbarkeit die subjektive Berechnung setzen."

Da man zur letzten Möglichkeit greifen muß, um zu einer befriedigenden Entscheidung zu gelangen, kommt die adäquate Verursachungstheorie letzten Endes immer wieder auf das subjektive Moment des Verschuldens zurück. Darum sagt Mayer[84] mit Recht:

„Die Theorien sind nur scheinbar Kausalitätstheorien, in Wahrheit umgrenzen sie die Verantwortlichkeit, indem sie nur die auf einer culpa levissima beruhende Verursachung als solche gelten lassen; sie erkennen dadurch wider ihren Willen an, daß die für die Verhängung der Strafe entscheidenden Erwägungen der Schuldlehre angehören."

Dieselben Einwendungen, die Mayer der Adäquanztheorie entgegenhält, wird man auch m. E. Frank gegenüber erheben können, wenn er bei grundsätzlicher Anerkennung der Gleichwertigkeit aller Bedingungen „die Vorbedingungen einer Bedingung, die frei und bewußt auf Herbeiführung des Erfolges gerichtet war"[85] nicht als Ursachen gelten lassen will und zur psychologischen Begründung

83) § 29, VII, Nr. 4.
84) Lehrbuch S. 149.
85) Zu § 1, VII, 2a.

seiner Ansicht anführt: „Sie können ihre kausale Kraft nur durch das Medium eines menschlichen Willens entfalten, und ob dieser sie weitergibt, hängt von seinem Entschlusse ab, also von einem Umstand, der in einem scharfen Gegensatz zum Naturkausalismus steht.“ Auch hier tritt in die objektive Betrachtung die subjektive Funktion des menschlichen Willens störend ein. Aber könnte man in der sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges nicht besser ein Fehlen einer primären Verantwortlichkeit für die Tat — also ein Moment des Verschuldens — sehen? Dann aber muß auch diese Lehre für eine Scheidung der objektiven Begriffe Bedingung und Ursache außer Betracht kommen.

Damit sind die in der heutigen Rechtslehre am meisten vertretenen Lehrmeinungen, die eine Unterscheidungsmöglichkeit von Ursache und Bedingung behaupten, erörtert. Auf unzählige andere, die daneben noch aufgestellt worden sind, ohne im Schrifttum eine weitere Anerkennung gefunden zu haben, kann in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden. Die Einwendungen, die gegen die hier erörterten Lehrmeinungen erhoben worden sind, werden zum großen Teil auch auf sie Anwendung finden können.

Eine Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung ist, wie wir gesehen haben, nicht möglich. Man wird also mit den Strafsenaten des Reichsgerichts und einer auch in der Rechtslehre weitverbreiteten Ansicht sagen können, daß jede Bedingung den Erfolg verursacht habe; denn keine Bedingung kann hinweggedacht werden, ohne daß auch der Erfolg entfiele. Somit sind alle Bedingungen für den Eintritt des Erfolges gleichwertig. Jede Bedingung ist also als Ursache zu betrachten. Da aber im Strafrecht nur von Menschen gesetzte Bedingungen beachtlich sind, wird man besser mit Frank[86] sagen können: „Hat eine menschliche Handlung zu dem Eintreten eines bestimmten Ereignisses auch nur das Geringste beigetragen, so ist sie als eine Ursache einzusehen.“

Es wird gegen die Kausallehre immer wieder eingewendet, daß sie ins Grenzenlose führe. Aber man vergißt dabei, daß für eine Bestrafung die Frage nach der Schuld die Hauptsache ist. Das Verschulden zieht diese Grenze, die man bei der Verursachung vermißt. Nur bei den Delikten mit reiner Erfolgshaftung, die sich noch im geltenden Strafrecht finden, vermag die Frage nach der Schuld, die es hier nicht gibt, diese Begrenzung nicht herbeizuführen. Für diese Fälle will eine weit verbreitete Ansicht die

86) Zu § 1, III, 2.

Adäquanztheorie gelten lassen. Ob das allerdings mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar ist, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls handelt es sich hier um Reste einer früheren grundsätzlichen Erfolgshaftung, die in das heutige Strafrecht mit seinem Verschuldensprinzip nicht mehr hineinpassen und darum auch für die Beurteilung der Grundzüge des heutigen Strafrechts unbeachtet bleiben können.

Wenn wir nun festgestellt haben, daß alle Bedingungen gleichwertig sind, so ist damit auch jede Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe, die sich auf die Unterscheidbarkeit von Ursache und Bedingung gründet, hinfällig. Auf alle diese Theorien, die sich darauf stützen, braucht darum hier nicht mehr eingegangen zu werden, mit Ausnahme der Lehre Franks, die hier nur abgelehnt wurde, weil sie letzten Endes das Verschulden in die Kausallehre hineinzog. Auf sie wird unten bei den subjektiven Theorien, zusammen mit der Lehrmeinung Loenings, die auf ähnlichen Erwägungen beruht, noch einmal eingegangen werden.

Wollte man dem eifrigsten Gegner des Subjektivismus, Birkmeyer, folgen, so wäre mit der Gleichsetzung von Ursache und Bedingung jede objektive Unterscheidung zwischen Mittäter und Gehilfe ausgeschlossen und die subjektive Teilnahmetheorie logisch notwendig.[87]

Aber man hat mit Recht behauptet, daß aus dieser erkenntnistheoretisch-logischen Gleichwertigkeit einer psycho-physischen Kausalreihe noch nicht eine juristische Wertgleichheit folge.[88]

Der Zweck der Lehre von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen ist „die bloß vorläufige Feststellung, ob ein Ereignis, das so aussieht, wie ein Straftatbestand, überhaupt in einer zunächst noch so äußerlichen Weise auf das Verhalten eines Menschen irgendwie zurückgeführt werden kann".[89] Darum wird man auch auf die sogen. formal-objektiven Teilnahmelehren eingehen müssen, die ohne Rücksicht auf die Gleichwertigkeit der Bedingungen eines Erfolgs eine objektive Unterscheidung zwischen Mittäter und Gehilfe für möglich halten.

Hälschner[90] glaubt den Unterschied darin zu finden, daß die Tätigkeit des Täters alle zum gesetzlichen Tatbestande des Delikts erforderlichen Momente ergeben müsse, die des Gehilfen sie nicht ergeben dürfe.

87) Lehre von der Teilnahme. S. 8.
88) Mezger: D.St.Z. Bd. 8, S. 205; vgl. auch Wegner: bei Aschrott und Kohlrausch S. 105 ff.
89) Wegner a. a. O. S. 106.
90) Strafrecht, Bd. I, S. 379.

Diese Unterscheidung ließe sich vielleicht durchführen bei den reinen Tätigkeitsdelikten[90a], dagegen stößt man auf große Schwierigkeiten, wenn das Gesetz lediglich die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges unter Strafe stellt.[90b] Es entsteht hier sofort die Frage, was als „zum gesetzlichen Tatbestand erforderlich“ anzusehen ist.

Wollte man lediglich das, was das Gesetz im Tätigkeitswort als Tatbestandshandlung des einzelnen Delikts bezeichnet, als Unterscheidungsmerkmal für Täter und Teilnehmer verwenden, so käme man zu einem Formalismus, der auf Zufälligkeiten die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme aufbauen würde.[91]

Sonst wird man aber z. B. unter „töten“ alles verstehen müssen, was den Tod verursacht. So käme man bei den Erfolgsdelikten wieder zu einer kausalen Unterscheidung, die, wie wir oben gesehen haben, unmöglich ist.

Mit Recht sagt Kohler[92], daß es überhaupt keine abstrakten Tatbestandsmerkmale in dem Sinne, wie es sich Hälschner vorstellt, gibt, sondern nur solche Handlungen, welche zu dem gesetzlich verpönten Erfolge in kausalem Verhältnis stehen.

Somit gibt uns die Lehre für die Erfolgsdelikte kein Unterscheidungsmittel. Da es aber nicht angeht, für Tätigkeits- und Erfolgsdelikte verschiedene Teilnahmelehren zu verwenden, ist sie völlig zu verwerfen.

Eine ähnliche Unterscheidung wie Hälschner bringen alle diejenigen Schriftsteller, die den, der eine Ausführungshandlung vornimmt, als Täter, bezw Mittäter bezeichnet, den, der nur eine Vorbereitungshandlung vornimmt, als Gehilfen.[93]

Eine feste Unterscheidung zwischen Ausführungs- und Vorbereitungshandlung läßt sich ebensowenig finden, wie zwischen tatbestands- und nichttatbestandsmäßigen Handlungen.[94] Denn auf letzteren Unterschied läuft schließlich auch diese Unterscheidung hinaus. Denn unter Ausführungshandlung eines Verbrechens kann man nur eine solche Handlung verstehen, die den Tatbestand erfüllt,

---

90a) z. B. §§ 153, 164 StGB.

90b) z. B. §§ 240, 253, 264 StGB.

91) Kohler: Studien Bd. I, S. 96.

92) Studien Bd. I, S. 93.

93) So Beling: Lehre vom Verbrechen S. 422; Mayer: Lehrbuch S. 403; v. Bar. Gesetz und Schuld, Bd. 2, S. 603; Wachenfeld: Lehrbuch S. 201; v. Liszt-Schmidt § 50, III; Wegner: bei Aschrott u. Kohlrausch S. 107.

94) Dies erkennt auch Wegner a. a. O. S. 107 an, hält aber trotzdem an dieser Unterscheidung fest, da er die Vornahme einer Ausführungshandlung als „Indiz für den höchsten Grad verbrecherischer Energie“ ansieht. Siehe darüber weiter unten bei den subjektiven Theorien.

unter Vorbereitungshandlung eine solche, die ihn noch nicht erfüllt. Da aber eine klare Unterscheidung zwischen tatbestands- und nichttatbestandsmäßiger Handlung, wie wir gesehen haben, nicht möglich ist, so entfällt damit auch die zwischen Ausführungs- und Vorbereitungshandlung. Auch diese Lehrmeinung ist darum für unsere Zwecke unbrauchbar, da wir nur eine feste allgemein gültige objektive Unterscheidung, bei der jedes freie richterliche Ermessen ausgeschlossen ist, einer subjektiven vorziehen können.

Eine solche ist aber bei allen objektiven Theorien, die wir bisher betrachtet haben — auf einige wird noch weiter unten bei den subjektiven Theorien einzugehen sein — nicht vorhanden. Sie alle lassen eine solche scharfe objektive Grenze vermissen. Wir wollen nun versuchen, ob auf subjektiver Grundlage eindeutiger zwischen Täter bezw. Mittäter und Gehilfen geschieden werden kann.

§ 11.

β) Die subjektiven Theorien.

Wie wir oben gesehen haben, kommen wir mit einer subjektiven Unterscheidung in einen gewissen Widerspruch zum Gesetz, da wenigstens der Wortlaut der §§ 47, 49 StGB. keinen Anhaltspunkt für eine solche gibt. Auf die Motive können wir uns aber nach der oben angeführten Reichsgerichtsentscheidung nur dann stützen, wenn die Auslegung dem Sinn des Gesetzes entspricht.

Bevor wir also auf die subjektiven Teilnahmelehren eingehen können, werden wir festzustellen haben, ob eine subjektive Unterscheidung mit dem Sinn unseres Strafgesetzes vereinbar ist. Zu diesem Zweck werden wir uns fragen müssen, warum der Gesetzgeber den Gehilfen milder als den Mittäter bestraft wissen will. Sinn und Zweck der Strafe im Allgemeinen vermag uns allein darüber Auskunft zu geben.

Wir bestrafen keinen Täter nur deswegen, weil er einen gewissen Erfolg herbeiführt. Nur wenn ihn ein Verschulden trifft, soll er auch die Strafe erleiden, die den verbrecherischen Willen von der Tat zurückhalten, oder wenn sie schon begangen ist, ihn bessern und, solange dies nicht geschehen ist, oder sofern es überhaupt nicht mehr möglich erscheint, dem Gemeinwesen unschädlich machen soll. So muß sich denn auch die Höhe und Schwere der Strafe nach dem größeren oder geringeren Verschulden bemessen, das in der Tat zum Ausdruck kommt. Dieses Prinzip haben wir, wie ein Vergleich zwischen den einzelnen Delikten des besonderen Teils zeigt, im Großen und Ganzen im geltenden Strafrecht durch-

geführt, abgesehen von den reinen Erfolgsdelikten, die aber, wie wir schon oben festgestellt haben, als traurige Reste einer Erfolgshaftung für die grundsätzliche Betrachtung unseres heutigen Strafrechts unbeachtet bleiben können.

Aus dieser allgemeinen Erkenntnis heraus ergibt sich aber auch für § 49 StGB., daß der Grund der milderen Bestrafung des Gehilfen nur in seinem geringeren Verschulden zu suchen ist. Dann können wir uns aber auch mit Recht auf die Motive berufen, wenn wir das subjektive Moment des Verschuldens als Grundlage für die Unterscheidung zwischen Mittäter und Gehilfe verwenden.

Abzulehnen ist zunächst die rein subjektive Theorie, die den Unterschied darin findet, daß der Täter in eigenem, der Gehilfe in fremdem Interesse tätig wird. Denn auf das Interesse, das jemand an einer Tat hat, kommt es nie allein an. Darum kann auch die Verschiedenheit des Interesses kein alleiniges Unterscheidungsmerkmal für Täterschaft und Beihilfe bilden.[95]

Betrachten wir nun den verbrecherischen Willen des Täters und des Gehilfen, so werden wir zunächst feststellen können, daß beide den Erfolg wollen. Denn ich kann nicht einem anderen zur Herbeiführung eines Erfolges bewußt zur Seite stehen, ohne auch diesen in meinen Willen einzuschließen. Der entgegengesetzten Ansicht Lobes,[96] der behauptet, der Vorsatz des Gehilfen richtet sich nur auf die Förderung des Haupttäters, nicht aber auf den Erfolg, werden wir darum nicht beipflichten können.

Aber wenn auch beide den Erfolg wollen, so ist doch ihr Wille grundverschieden. v. Buri[97] geht, um dies klarzumachen, von der materiellen Absicht aus, die, wie wir gesehen haben, allerdings als alleiniges Unterscheidungsmerkmal nicht herangezogen werden darf, aber als bestimmendes Moment der Willensbildung zugrunde liegt.

Der Mittäter verfolge mit seiner Tätigkeit nur seinen eigenen Zweck, dagegen bezwecke die Tätigkeit des Gehilfen nur die Förderung des Zweckes des Urhebers. Der Zweck des Gehilfen sei also dem des Täters untergeordnet. Diese Unselbständigkeit der materiellen Absicht präge sich aber mit Notwendigkeit auch der formellen Absicht, d. h. dem Vorsatz, auf.

Auf diesem Wege kommt v. Buri zu dem Ergebnis, daß in dem Verhältnis der Unterordnung des einen Willens unter den anderen

95) Wuttig: S. 74/75.
96) Ebermayer: zu § 49, Nr. 4, IV.
97) Teilnahme, S. 5.

die Verschiedenheit von Urheberschaft und Beihilfe begründet sei.[98] „Der Gehilfe will den Erfolg nur, wenn ihn der Urheber will, und wenn ihn dieser nicht will, so will er ihn auch nicht.“[99]

Dieses Ergebnis paßt sehr wohl mit dem zusammen, was wir als Grund der geringeren Bestrafung des Gehilfen erkannt haben. In der Unselbständigkeit des Willens des Gehilfen finden wir die geringere Schuld, die geringe Gefährlichkeit der Gesinnung, die eine mildere Strafe rechtfertigt. Darum werden wir mit v. Buri und dem Reichsgericht die Unselbständigkeit oder Selbständigkeit des Willens als Unterscheidungsmerkmal für Gehilfen und Mittäter verwenden können.

Wenn gegen diese Theorie immer wieder eingewendet wird, daß hier das charakterisierende Unterscheidungsmerkmal ins Seelenleben verlegt werden, also auf ein Gebiet, das der exakten Forschung so gut wie unzugänglich sei, so wird man mit Nagler[100] dem entgegenhalten können, daß eben jeder Schuldbeweis ein Indizienbeweis über innere Vorgänge sei und doch das Strafgesetz an die Ergebnisse dieser Beweisführung die entscheidensten Folgen knüpfe.

Die Gefahr, die die Gegner dieser Lehre darin sehen, daß dem subjektiven Ermessen des Richters ein zu großer Spielraum gelassen sei und daß schließlich ein „bloßes und unbegründetes Werturteil über einen Menschen“[101] übrig bliebe, ist nicht so groß. Denn die Unselbständigkeit des Willens wird sich gewöhnlich auch in der objektiven Handlung des Gehilfen auswirken[102] und daraus mit Sicherheit zu erkennen sein.

Die gemäßigte subjektive Lehre ist weit davon entfernt, nur im Seelenleben des Täters zu lesen. Zur Beurteilung, ob Mittäterschaft oder Beihilfe vorliegt, wird auch der objektive Tatbestand herangezogen werden müssen, um daraus schließen zu können, ob bei dem Betreffenden ein selbständiger oder untergeordneter Wille vorhanden ist.

Ebenso handeln wir auch beim Alleintäter, um festzustellen, ob er schuldhaft gehandelt hat. Aber im Gegensatz zu den bisher betrachteten objektiven Theorien ist der Ausgangs- und Endpunkt der Prüfung immer nur die Frage nach dem Verschulden, während das tatsächliche Geschehen nur ein Beweismittel dafür bildet.

---

98) v. Buri, Z.Str.W. Bd. II, S. 254.
99) ders.: Abhandlungen, II, S. 117.
100) Nagler: Teilnahme am Sonderverbrechen, S. 45, Anm. 2.
101) Wegner: bei Aschrott und Kohlrausch S. 107.
102) Kohler: G.A. Bd. 58. S. 14; Binding Grundriß S. 163; Mittermaier Z.Str.W. Bd. 21. S. 243.

In diesem Zusammenhang müssen wir noch einige „objektive“ Teilnahmelehren betrachten, die den hier entwickelten Grundgedanken nahe kommen und im praktischen Ergebnis oft mit der subjektiven Lehre übereinstimmen werden.

Wegner[103] erkennt im Einklang mit der hier vorgetragenen Meinung die Schuldfrage als Kernfrage für die Unterscheidung von Täter und Gehilfen an und glaubt in der Vornahme der Ausführungshandlung „ein Indiz für den höchsten Grad verbrecherischer Energie“ zu sehen. Nur darin, daß er die Vornahme der Ausführungshandlung als alleiniges Beweismittel für das Vorhandensein eines Täterwillens ansieht, unterscheidet er sich von der hier erörterten Auffassung.

Auf demselben Grundgedanken bauen sich auch die Theorien Loenings, wie sie besonders durch Wuttig[105], und Goetz[106] verbreitet ist, sowie Gerlands[107] auf, wenn sie zwischen Kollateral- und Deszendenzwirksamkeiten scheiden. Auch hier ist es der untergeordnete Wille, das geringere Verschulden, welches diese Unterscheidung des Gehilfen vom Täter rechtfertigt.

Der Ausgangspunkt aller dieser „objektiven“ Theorien ist also bewußt oder unbewußt das subjektive Moment des Verschuldens. Sie alle unterscheiden sich aber von der hier vertretenen subjektiven Lehre dadurch, daß sie für das geringere Verschulden des Gehilfen nur die objektive Handlung als alleiniges unwiderlegliches Beweismittel heranziehen. Sie vergessen dabei, daß man das Verschulden überhaupt und somit auch das größere oder geringere Verschulden nicht aus dem objektiven Handeln bei Ausführung der Tat, sondern auch aus sonstigen subjektiven und objektiven Momenten entnehmen kann. So wird z. B. auch das Interesse, das jemand an einer Tat hat, ein gewisses Beweismittel für den Täterwillen bilden können.

Kommen wir nun noch einmal auf die Motive zurück, so sehen wir, worauf das scheinbare Schwanken zwischen subjektiver und objektiver Unterscheidung zurückzuführen ist. Auch hier ist weiter nichts gemeint, als daß die Kernfrage für die Beurteilung, ob Mittäterschaft oder Beihilfe vorliegt, die Frage nach dem größeren oder geringen Verschulden sei, das sich in der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des verbrecherischen Willens offenbart. Zur Beant-

103) Bei Aschrott und Kohlrausch S. 105 ff.
104) Vorbem. z. 3. Abschn. II.; so auch Mezger D.Str.Z. Bd. 8, S. 206.
105) S. 99 ff.
106) S. 46 ff.
107) Strafrecht S. 144 ff.

wortung dieser Frage müsse aber a u ch das äußere Geschehen herangezogen werden.

Als Erfolg der Untersuchungen über den Unterschied zwischen Mittäter und Gehilfen können wir also feststellen, daß den Motiven und dem Sinn des Strafgesetzes nur eine subjektive Unterscheidung im Verschulden entspricht und daß eine solche auch sehr wohl durchführbar ist. Das größere oder geringere Verschulden äußert sich in der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des verbrecherischen Willens. Diese muß ebenso wie das Verschulden eines Alleintäters aus inneren u n d äußeren Momenten festgestellt werden.

§ 12.

2. Der Treiber als Mittäter oder Gehilfe in § 292 StGB.

Wendet man die oben gewonnenen Grundgedanken über die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe für die rechtliche Beurteilung des Treibers an, so wird man von vornherein nicht ohne weiteres allgemein entscheiden können, ob der Treiber als Mittäter oder Gehilfe zu bestrafen sei. Auch hier muß immer, wie es die Rechtsprechung[108] und eine im Schrifttum[109] verbreitete Ansicht verlangt, im Einzelfalle geprüft werden, ob der Vorsatz des Treibers ein animus auctoris oder socii ist, d. h., ob der Treiber seinen Willen dem Schützen gleich- oder untergeordnet hat.

Man könnte dagegen einwenden, daß von einem untergeordneten Wollen beim Treiber deswegen keine Rede sein könne, weil schon das Treiben an sich, wie wir oben festgestellt haben, den objektiven Tatbestand des § 292 StGB. erfülle. Das Treiben hänge aber lediglich vom Willen des Treibers ab. Insoweit sei dessen Wille völlig selbständig.

Aber dieser Einwand wäre nicht berechtigt; denn jede Treibertätigkeit ist, wenn sie sich als Jagdausübung des § 292 StGB. darstellen soll, davon abhängig, daß ein Jäger das zugetriebene Wild erlegen will. Das bloße Aufscheuchen stellt, wie wir gesehen haben, allein keinen schädigenden Eingriff in das Jagdausübungsrecht dar und ist darum auch nicht aus § 292 StGB. strafbar. Dem Willen dieses Schützen kann darum der des Treibers sehr wohl untergeordnet sein.

---

108) R. Bd. 8, S. 420; 10, 331; RG. in G.A. Bd. 54, S. 480 ff; OLG. Braunschweig in DJZ. Bd. 11, S. 92.

109) Ebermeyer § 293 Nr 8; v. Olshausen § 292 Nr. 13; Schwartz § 292 Nr. 8; Neuhaus S. 77; Winterhelt S. 44; Heppes S. 98.

Dem wird man nicht etwa mit Birkmeyer[110] entgegenhalten können, daß von einem bedingten Willen dann keine Rede mehr sein könne, wenn der Teilnehmer bestimmt weiß, daß der Urheber fest zur Verübung des Verbrechens entschlossen ist. Eine solche felsenfeste Ueberzeugung ist überhaupt undenkbar; denn ihr würde, worauf v. Buri[111] mit Recht hinweist, die Willensfreiheit des Urhebers entgegenstehen. Noch im letzten Augenblick vor der Tat kann der Täter davor zurückschrecken, wenn er auch vorher noch so fest zur Ausführung entschlossen war.

Die Gewißheit, daß der Jäger das zugetriebene Wild erlegen will, die ja regelmäßig beim Treiber vorhanden sein wird, steht demnach einem unselbständigen Willen des Treibers nicht entgegen.
nicht entgegen.

Aus der objektiven Handlung selbst läßt sich nicht ohne weiteres auf einen unselbständigen Willen des Treibers schließen. Es sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen überhaupt nur der Treiber einen selbständigen verbrecherischen Willen hat. Darauf wird weiter unten bei der Betrachtung des Treibers als Alleintäter eingegangen werden. Daraus ergibt sich aber, daß die objektive Handlung des Treibers, wenn sie auch an sich als Vorbereitungshandlung der Erlegung untergeordnet ist, noch keinen Beweis für einen unselbständigen Willen bietet.

Der Versuch, die untergeordnete Stellung des Treibers bei berechtigter Jagdausübung auf die unberechtigte zu übertragen, ist schon oben zurückgewiesen worden.

Gerade beim unberechtigten Jagen wird es häufiger vorkommen, daß die Rollen zwischen Jäger und Treiber ganz willkürlich verteilt sind, daß an und für sich jeder die Erlegungshandlung vornehmen würde, wenn nicht die Notwendigkeit ergäbe, daß einer das Wild zutreiben müßte.[112] Darum werden beim unberechtigten Jagen die Fälle, in denen der Treiber wegen Täterschaft und nicht nur wegen Beihilfe bestraft werden muß, gar nicht so selten sein, wie viele Schriftsteller sich vorstellen.[113]

Andererseits ist es auch übertrieben, wenn andere die Bestrafung des Treibers als Gehilfen als großen Ausnahmefall betrachten.[114]

---

110) Lehre von der Teilnahme. S. 10, Note 24.
111) Abhandlungen S. 119.
112) Winterhelt S. 44/45.
113) Schwartz zu 292 Nr. 8. Neuhaus S. 78; Bauer Jagdgesetze S. 448; RG. in G.A. Bd. 54, S. 480 f.
114) So z. B. Stöhr S. 120; Winterhelt S. 44 ff.

Eine allgemeine Regel für die Beurteilung des Treibers läßt sich überhaupt nicht geben. Es bedarf in jedem Einzelfall einer besonderen Prüfung des Vorsatzes.

Dem widerspricht es nicht, wenn aus einzelnen in der Rechtssprechung entschiedenen Fällen Grundgedanken hervorgehoben werden, die für die Beurteilung des Treibers als Täter oder Gehilfe eine gewisse allerdings nicht zu überschätzende Allgemeinbedeutung haben.

Wenn die Absicht des Treibers und Jägers auf gemeinsame Erlegung oder Verwertung des Wildes gerichtet ist, wird mit Recht der Treiber von allen Schriftstellern,[115] die überhaupt die Bestrafung des Treibers je nach seinem Verschulden bemessen, als Mittäter betrachtet. Hier ist es das Interesse an der Tat, das auf einen selbständigen Willen des Treibers schließen läßt.

Dagegen wird der Treiber, der lediglich eines Treiberlohnes wegen tätig wird, regelmäßig nur als Gehilfe betrachtet werden können.[116] Das gleiche gilt von den Treibern, die in einem gewissen untergeordneten Verhältnis zum Schützen stehen, so die Kinder oder die Arbeitnehmer.

Das Kammergericht hat in einer Entscheidung[117] den Treiber nur darum als Mittäter bestraft, weil er sich bei der Treibjagd in der Schützenlinie aufgestellt hatte und dadurch behilflich war, diese geschlossen zu halten. Denn die Geschlossenheit der Schützenlinie gehöre zu den wesentlichen Erfordernissen einer Treibjagd. Das Kammergericht sieht also dieses Aufstellen der Schützenlinie gewissermaßen als Haupthandlung der Treibjagd an und schließt aus der Vornahme derselben auf einen Täterwillen des Treibers. Der Aufbau dieses Urteils entspricht ganz der hier vorgetragenen Auffassung des Unterschiedes von Mittäter und Gehilfen; denn auch das objektive Handeln kann und muß zur Prüfung des Vorsatzes herangezogen werden.

Diese wenigen Fälle zeigen zur Genüge, wie verschieden der Vorsatz des Treibers geartet sein kann, und wie wenig darum eine generelle Behandlung des Treibers möglich ist. Andererseits lassen sie auch erkennen, zu welch klaren Ergebnissen die gemäßigte subjektive Theorie trotz ihrer vielen Anfeindungen gelangt.

Nach der objektiven Theorie kann, wie Frank[118] richtig erkennt, der Treiber immer nur als Mittäter betrachtet werden. Denn, wie

---

115) v. Olshausen § 292 Nr. 13; Bauer Jagdgesetze S. 448; RG. in G.A. Bd. 54, S. 480 f.
116) Wirschinger S. 192.
117) Johow, Bd. 9, S. 266.

wir oben gesehen haben, stellt sich das Treiben als Jagdausüben dar, es erfüllt demnach den objektiven Tatbestand des § 292 StGB. und ist so als tatbestandsmäßige oder Ausführungshandlung des § 292 StGB. im Sinne der objektiven Theorie zu betrachten.

§ 13.

IV. Der Treiber als Alleintäter und Werkzeug.

Abgesehen von dem Regelfall, daß Treiber und Schütze unberechtigt jagen, ist es aber auch denkbar, daß nur der Treiber ein Jagdvergehen verübt. Letzteres liegt vor, wenn jemand — vielleicht sogar der Grundeigentümer — aus irgend einer böslichen Absicht gegenüber dem Jagdausübungsberechtigten aus dessen Jagdrevier ein Stück Wild aufscheucht und einem Nachbarn, der auf seinem Gebiet berechtigt jagt, vor die Flinte treibt, ohne daß dieser eine Ahnung von diesem Zutreiben hat. Dann liegt in dem Aufscheuchen schon ein schädigender Eingriff in das Jagdausübungrecht. Denn es ist zu erwarten, daß der Schütze das ihm vor die Flinte laufende Wild erlegen wird. In diesem Bewußtsein hat auch der Treiber gehandelt. Der Schütze jagte berechtigt auf seinem Revier. Er hat nichts hinzugetan, um das Wild zum Uebertreten des Jagdreviers zu bringen. Darum kann er nicht für die Tat verantwortlich gemacht werden.

Allein übrig als Täter bleibt der Treiber, die Selbständigkeit seines Willens zeigt sich genügend in seiner Handlungsweise. Darum ist er auch als Täter des Jagdvergehens und zwar als Alleintäter aus § 292 StGB. zu bestrafen.[119] Zu demselben Ergebnis kommen wir auch nach der objektiven Theorie, da, wie wir oben gesehen haben, dann der Treiber immer als Täter bestraft wird.

Aehnlich diesem Fall wäre auch dann zu entscheiden, wenn der Jäger auf fremdem Revier jagt, ohne sich dessen bewußt zu sein, während sein Treiber es wohl weiß, aber ihm aus einer böslichen Absicht gegenüber dem Jagdberechtigten nicht mitteilt. Dann könnte man schon in dem Schweigen ein Indiz für die Selbständigkeit des verbrecherischen Willens des Treibers sehen. Da der Schütze wegen seines Irrtums über die Jagdberechtigung nicht strafbar ist, so kann auch hier nur der Treiber als Alleintäter bestraft werden.

Zu demselben Ergebnis muß man selbst dann kommen, wenn im vorhergehenden Fall der Treiber sich auf dem Jagdgebiet des Schützen und nur letzterer sich auf fremdem Gebiet befand. Dann hat sich der

118) Zu § 292 VI.
119) Vgl. R. Bd. 10, S. 331; Stelling S. 509.

Treiber des Schützen als Werkzeug bedient, so merkwürdig dieses Ergebnis auch auf den ersten Blick erscheinen mag.

Ebenso wird der Treiber, wenn er vom Schützen in ein fremdes Jagdgebiet geschickt wird, um ihm daraus Wild zuzutreiben, und nicht der Jäger, wohl aber der Treiber weiß, daß das Revier nicht mehr zu dem des Jägers gehört, nur als Täter bestraft werden können. Hier ist aus der Nichtweigerung, ein Vergehen zu verüben, der selbständige verbrecherische W i l l e zu erkennen, während die Handlung im Treiben selbst besteht.

Wenn sich somit eine ganze Anzahl von Fällen konstruieren läßt, in denen ein Treiber als Alleintäter aus § 292 StGB. bestraft werden muß, so kommt es ebenso vor, daß er überhaupt nicht bestraft werden kann, sondern nur als Werkzeug betrachtet werden muß.

Dies ist abgesehen vom § 51 StGB. dann der Fall, wenn der Treiber nach § 2 des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. Februar 1923 strafunmündig ist oder nach § 3 noch nicht das erforderliche Einsichts- und Hemmungsvermögen besitzt. Auch diese Fälle werden in der Praxis nicht selten sein, da sich der Verbrecher gern der eigenen Angehörigen als Gehilfen bedient, um damit der Gefahr des Verrats durch einen Gefährten der Tat zu entgehen.

Schließlich fallen hierunter noch alle die Fälle, in denen der Treiber sich über das Revier, in dem er treibt, irrt, während der Jäger, der ihn dort treiben läßt, darüber genau Bescheid weiß.

Damit dürfen auch die Fälle, in denen der Treiber nur als strafloses Werkzeug betrachtet werden kann, erschöpft sein.

Blicken wir noch einmal zurück, so ergibt sich als Ergebnis unserer Betrachtung, daß die rechtliche Natur des Treibers recht verschieden bewertet werden kann. Bald tritt er uns als Alleintäter, bald als Mittäter oder Gehilfe, bald nur als Werkzeug gegenüber. Als was er im Einzelfall behandelt werden muß, bedarf immer einer besonderen Prüfung.

§ 14.

C. Die gemeinschaftliche Jagdausübung des § 293 StGB. und die Mitwirkung von Treibern.

Im engen Zusammenhang mit der Frage, ob der Treiber als Täter oder Gehilfe beim Jagdvergehen anzusehen ist, steht auch die

andere, ob die Mitwirkung von Treibern eine unberechtigte Jagdausübung zu einer „gemeinschaftlichen" im Sinne des § 293 StGB. mache. Ja oft wird im Schrifttum erst bei dieser Gelegenheit die Rechtsnatur des Treibers erörtert.

Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, was das Gesetz als gemeinschaftliche Jagdausübung versteht, insbesondere ob es hierfür Mittäterschaft erfordert oder nicht.

Wenn wir wieder nach dem Zweck des § 293 StGB. forschen, um daraus den Willen des Gesetzgebers zu ergründen, so liegt dieser sicherlich in der größeren Gefährlichkeit des verbrecherischen Tuns.[120] Diese tritt aber schon dann ein, wenn die Mehreren ohne irgendwelche innere Verbundenheit nur gleichzeitig jagen, insbesondere, wenn dabei der eine Täter auf die ihm bekannte Mitwirksamkeit des anderen rechnet.[121] Mit dem Zweck des Gesetzes wäre es also auch ohne weiteres vereinbar, wenn in diesen Fällen eine Bestrafung aus § 293 einträte.

Aber diese Auslegung entspricht nicht dem Wortlaut des Gesetzes. Denn der Tatbestand des § 293 StGB. verlangt nicht nur, daß die Tat von Mehreren begangen wurde, was doch für die obige Auslegung vollkommen genügt hätte, sondern darüber hinaus, daß sie von diesen mehreren auch „gemeinschaftlich" verübt wurde. Gemeinschaftliche Begehung können wir aber nur darin sehen, daß zwischen den Tätern eine gewisse innere Beziehung besteht. Ein äußeres Nebeneinanderhandeln mehrerer Täter genügt demnach zur Bestrafung aus § 293 StGB. nicht, sondern nur ein bewußtes Zusammenwirken. Da aber das Gesetz auch „mehrere" Täter verlangt, so müssen die mehreren Beteiligten in Mittäterschaft gehandelt haben, um aus § 293 StGB. bestraft werden zu können. Diese Auffassung ist auch weitaus herrschend in Rechtslehre[122] und Rechtsprechung.[123]

Auch Freudenthal[123a] stimmt mit der herrschenden Meinung insofern überein, als er eine Mitwirkung von Anstifter und Gehilfen für die Strafschärfung des § 293 StGB. nicht für genügend erachtet.

---

120) v. Chlapowski: S. 60.

121) v. Olshausen zu § 47 Nr. 8; Freudenthal S. 176.

122) Ebermayer zu § 293 Nr. Nr. 8; Allfeld S. 460 e; v. Olshausen zu § 47 Nr. 8; v. Liszt-Schmidt § 50 Nr. 16; Schwartz zu § 293 Nr. 2e; Hälschner S. 341; Oppenhof-Delius § 293 Nr. 5; Bauer Jagdgesetze S. 451 Nr. 10; Ebner S. 499; Dalcke-Delius S. 318; Nr. 5; Wagner S. 106; Nagler S. 471 d; v. Chlapowski S. 61.

123) Ob. Trib. Bd. 20 S. 316; G.A. Bd. 27, S. 547; RG. in E Bd. 4, S. 263; 17, 414; R. Bd. 3, S. 409; 10, 301; JW. Bd. 41, S. 411; 20, 114 Nr. 27; Z. f. J. Bd. 1, S. 264; 2, 136. OLG. Braunschweig in DJZ. Bd. 11, S. 92; Darmstadt G.A. Bd. 44, S. 403; Hamburg Bd. 44, S. 402; Rostock Z.Str.W. Bd. 45, S. 230.

123a) S. 158.

Dagegen hält er eine Mittäterschaft im Sinne des § 47 StGB. nicht für erforderlich.

Seine Begründung ist, soweit sie sich auf den Sprachgebrauch des Gesetzes stützt, nicht stichhaltig.

Es ist nicht recht einzusehen, warum der Ausdruck „Begehen" in § 293 StGB. nicht dem „Ausführen" des § 47 gleichgeachtet werden soll. Im natürlichen Sprachgebrauch bedeuten beide dasselbe, dem Wortlaut des § 293 StGB. entspricht nur die Mittäterschaft. Soll man dann nur deswegen, weil der Gesetzgeber nicht den „technischen Ausdruck" gebraucht, das Erfordernis der Mittäterschaft für § 293 StGB. ablehnen? Schwerer wiegt es, wenn Freudenthal[125] nachweist, daß man dann, wenn man die Mittäterschaft als Strafschärfungsgrund ansieht, die Anwendbarkeit des strengeren Strafrahmens gegen eine Person von dem Verschulden einer anderen abhängig macht. Dieses Ergebnis ist gewiß nicht befriedigend. Aber es ist m. E. doch nicht geeignet, dem klaren Wortlaut des § 293 StGB., wie wir ihn eben festgestellt haben, einen anderen sich nicht unmittelbar daraus ergebenden Sinn unterzuschieben. Die Bedenken Freudenthals sind de lege ferenda von nicht zu unterschätzender Bedeutung. De lege lata ist seine Meinung mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.

Haben wir nun aber festgestellt, daß § 293 nur dann anwendbar ist, wenn mehrere in Mittäterschaft ein Jagdvergehen ausüben, so ergibt sich ohne weiteres nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung, daß die Frage, ob bei Mitwirkung von Treibern § 293 StGB. angewandt werden muß, überhaupt nicht generell beantwortet werden kann, sondern davon abhängt, ob der Treiber mit selbständigem oder unselbständigem Willen gehandelt hat. Dies muß im Einzelfall geprüft werden.

Dagegen tritt nach der objektiven Theorie bei jeder Mitwirkung von Treibern Bestrafung aus § 293 StGB. ein, wenn sie bewußt und gewollt mit dem Schützen zusammenwirken.

---

124) S. 185; vgl. auch v. Buri: Ger. S. Bd. 34, S. 353.
125) S. 172.

Lebenslauf.

Ich bin am 5. Juni 1905 als Sohn des Wagenbauers Paul Thiele und seiner Ehefrau Mathilde, geb. Dreßler, zu Jauer geboren. Zunächst besuchte ich 4 Jahre die evangelische Volksschule, sodann das humanistische Gymnasium in Jauer, welches ich Ostern 1924 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Seit dem Sommersemester 1924 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften in Breslau und bestand dort am 11. und 12. Mai 1928 das Referendarexamen, am 5. Juni das mündliche Doktorexamen. Am 25. Juni erfolgte meine Ernennung zum Gerichtsreferendar.